المُمتِع في شرح المُقنِع

الجُزء الثالِث

تصنيف

زين الدين المنجى التنوخي الحنبلي

دراسة وتحقيق

د. عبد الملك بن عبد الله بن دهيش

الرئيس العام لتعليم البنات سابقًا - المملكة العربية السعودية

كتاب البيع

البيع جائز بالكتاب والسنة والمعنى والإجماع : أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة:٢٧٥]، وقوله تعالى : ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾ [البقرة:٢٨٢]، وقوله تعالى : ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [النساء:٢٩]، وقوله تعالى : ﴿ليس عليكم جناحٌ أن تبتغوا فضلاً من ربكم﴾ [البقرة:١٩٨].

وأما السنة فروى رفاعة « أنه خرج مع النبي ﷺ إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون . فقال : يا معشر التجار ! فرفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه . فقال : إن التجار يبعثون يوم القيامة فُجَّاراً إلا من بَرَّ وصَدق »[1] قال الترمذي : هذا حديث صحيح .

وقال ﷺ : « التاجرُ الصدوقُ الأمينُ معَ النبيينَ والصديقينَ والشهداء»[2] . قال الترمذي : هذا حديث حسن .

وأما المعنى ؛ فلأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه ، وصاحبه[3] لا يبذله بغير عوض ففي تجويز البيع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ودفع حاجته .

وأما الإجماع فأجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة .

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢١٠) ٣: ٥١٥ كتاب البيوع، باب ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٤٦) ٢: ٧٢٦ كتاب التجارات، باب التوقي في التجارة.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٠٩) الموضع السابق.
وأخرجه الدارمي في سننه (٢٥٣٥) ٢: ١٧٠ كتاب البيوع، باب في التاجر الصدوق.

(٣) ساقط من هـ.

قال المصنف رحمه الله: **(وهو مبادلة المال بالمال لغرض التملك. وله صورتان:**

إحداهما: الإيجاب والقبول؛ فيقول البائع: بعتك أو ملكتك ونحوهما، ويقول المشتري: ابتعت أو قبلت وما في معناهما).

أما قول المصنف رحمه الله: وهو مبادلة المال بالمال لغرض التملك فبيان لمعنى البيع في اللغة. واشتقاقه من الباع لأن كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للأخذ والإعطاء.

وأما في الشرع فقيل: هو عبارة عن الإيجاب والقبول. وزاد القاضي: إذا تضمن عينين للتمليك.

قال المصنف في المغني: وهو قاصر -يعني حد القاضي- إذ يخرج منه المعاطاة ويدخل فيه عقود سوى البيع.

وأما قوله: وله صورتان فمعناه أنه ينعقد بكل واحدة من الصورتين المذكورتين.

وأما كونه ينعقد بالإيجاب والقبول؛ فلأنه صريح فيه فانعقد به كسائر الصرائح.

والإيجاب هو: الصادر من قبل البائع، والقبول: هو الصادر من قبل المشتري.

وأما قوله: فيقول البائع... إلى آخره فتفسير للإيجاب والقبول.

وينعقد البيع بما صرح به المصنف وبكل قول يدل عليه لدلالته على المقصود.

قال: **(فإن تقدم القبول الإيجاب جاز في إحدى الروايتين، وإن تراخى القبول عن الإيجاب صح ما داما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه، وإلا فلا).**

أما كون تقدم القبول الإيجاب يجوز في روايةٍ ؛ فلأن المعنى حاصل بذلك فوجب أن يجوز كما لو تأخر .

وأما كونه لا يجوز في روايةٍ ؛ فلأن القبول رتبته التأخر فلم يجز تقدمه كما لو تقدم في النكاح .

وذكر المصنف في المغني أنه إن تقدم بلفظ الاستفهام مثل أن يقول : أتبيعني ثوبك بكذا ؟ فيقول : بعتك لم يصح لأنه ليس بقبول ولا استدعاء ، وإن تقدم بلفظ الماضي مثل أن يقول : ابتعت منك فيقول : بعتك صح لأنه متضمن معنى القبول حقيقة .

وقال أبو الخطاب : فيه رواية أنه لا يصح قياساً على تقدمه بلفظ الطلب .

وإن تقدم بلفظ الطلب مثل أن يقول : بعني ثوبك فيقول : بعتك فذكر القاضي فيه روايتين :

إحداهما : يصح؛ لأن ذلك يتضمن معنى القبول فصح كما لو كان بلفظ الماضي .

والثانية : لا يصح؛ لأنه لفظ لو تأخر عن الإيجاب لم يصح به البيع فلم يصح إذا تقدم كلفظ الاستفهام .

ولأنه عقد عري عن القبول فلم يصح كما لو لم يطلب .

وأما كون القبول إذا تراخى عن الإيجاب يصح ما دام المتبايعان في المجلس و لم يتشاغلا بما يقطع البيع ؛ فلأن المجلس مُنَزّلٌ منزلة العقد في كثير من الأحكام فليكن هاهنا كذلك .

وأما كونه لا يصح إذا تراخى عن الإيجاب حتى انقضى المجلس ؛ فلأنه لما بَعُد صار كلا قبول .

وأما كونه لا يصح إذا تشاغلا بما يقطعه ؛ فلأنهما إذا تشاغلا بذلك صارا كالمعرضين عن البيع فلم يصح بعد ذلك كما لو صرح بالرد .

قال : (**والثانية : المعاطاة مثل[1] أن يقول : أعطني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول البائع : خذ هذا بدرهم فيأخذه .**

وقال القاضي : لا يصح هذا إلا في الشيء اليسير) .

أما كون الصورة الثانية من صور البيع : المعاطاة . وهي منصوص الإمام أحمد واختيار المصنف ؛ فلأن البيع موجود قبل الشرع وإنما الشرع علق عليه أحكاماً ولم يعين له لفظاً فيجب أن يرجع فيه إلى العرف كالقبض والحِرْز .

ولأن المسلمين في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن الصحابة استعمال إيجاب وقبول في بياعاتهم ولو كانوا يستعملون ذلك في جميع بياعاتهم لنقل نقلاً شائعاً .

ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط له ذلك لبينه النبي ﷺ بياناً[2] عاماً شافياً ولم يخف حكمه؛ لأنه يفضي إلى وقوع العقود الفاسدة كثيراً .

وأما قول المصنف رحمه الله : مثل أن يقول . . . إلى فيأخذه فبيان لصورة المعاطاة .

وأما كون المعاطاة لا تصح في الشيء الكثير على قول القاضي ؛ فلأن البيع عقد معاوضة فكان الإيجاب والقبول من شروطه كالنكاح .

---

(١) في هـ: وهو.

(٢) ساقط من هـ.

وأما كونها تصح في الشيء اليسير ؛ فلأن اعتبار ذلك فيه يشـق فيسـقط دفعـاً للمشقة .

فصل [في شروط البيع]

قال المصنف رحمه الله: **(ولا يصح إلا بشروط سبعة:**

أحدها: التراضي به، وهو أن يأتيا به اختياراً، فإن كان أحدهما مكرهاً لم يصح إلا أن يكره بحقٍ كالذي يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه).

أما كون البيع لا يصح إلا بشروط سبعة فلما يأتي ذكره في مواضعها.

وأما[1] كون أحد الشروط السبعة: التراضي من كل واحد من البائع والمشتري إذا لم يكن ذلك واجباً عليهما فلقوله تعالى: ﴿إلاّ أنْ تكونَ تِجَارَةً عن تراضٍ منكم﴾ [النساء: ٢٩].

ولأن حق كل واحد منهما متعلق بماله فلم يجز إزالة ملكه عنه بغير رضاه. وإلى مثل هذا وقعت الإشارة بقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»[2].

وأما قول المصنف رحمه الله: وهو أن يأتيا به اختياراً فتفسير للتراضي منهما.

وأما كون البيع لا يصح إذا كان أحد المتبايعين مكرهاً بغير حق؛ فلأن تراضيهما شرط ولم يوجد.

---

(١) في هـ: أما.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٢٠٧١٤) ٥: ٧٢.

وأخرجه الدارقطني في سننه (٩٢) ٣: ٢٦ كتاب البيوع. كلاهما عن أبي حرة الرقاشي عن عمه.

وأما كون التراضي في المكره بحق كالذي ذكره المصنف رحمه الله لا يشترط؛ فلأن المراد[1] حصول وفاء الدين فلو منع الإكراهُ صحتَه لاتخذ ذلك من عليه الدين وسيلة إلى عدم الوفاء.

(١) في و: الغرض.

فصل [الشرط الثاني]

قال المصنف رحمه الله: (**الثاني: أن يكون العاقد جائز التصرف، وهو: المكلف الرشيد، إلا الصبي المميز والسفيه فإنه يصح تصرفهما بإذن وليهما في إحدى الروايتين، ولا يصح بغير إذنه إلا في الشيء اليسير**).

أما كون ثاني الشروط[1] السبعة لصحة البيع: أن يكون العاقد غير الصبي والسفيه جائز التصرف؛ فلأن البيع قولٌ يشترط له الرضى فاشترط في عاقده جواز التصرف كالإقرار.

وأما قول المصنف رحمه الله: وهو المكلف الرشيد فتفسير لجائز التصرف. والمراد بالمكلف العاقل البالغ.

فعلى هذا لا يصح بيع طفل ولا مجنون ولا سكران ولا نائم ولا مبرسم ولا شراءه؛ لأن كل واحد منهم لا عقل له.

وأما كون تصرف الصبي المميز والسفيه بإذن وليهما يصح في روايةٍ: أما في الصبي فلقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى﴾ [النساء:٦] أي اختبروهم وإنما يتحقق الاختبار بتفويض البيع والشراء إليه.

ولأنه عاقل فصح تصرفه بإذن وليه وإن كان محجوراً عليه كالعبد.

وأما في السفيه؛ فلأنه إذا صح تصرف المميز بإذن وليه؛ فلأن يصح تصرف السفيه بإذن وليه بطريق الأولى.

---

(١) في هـ: أما كون الثاني من الشروط.

وأما كونه لا يصح في روايةٍ ؛ فلما تقدم في غيرهما .

وأما كونه لا يصح بغير إذن وليهما في الشيء الكثير ؛ فللدلالـة علـى اشـتراط جواز التصرف السالم عن معارضة دليل صحة تصرفهما بإذن وليهما .

وأما كونه يصح في الشيء اليسير ؛ فلأن الحكمة الحاملة علـى الحجـر عليهمـا خوف ضياع مالهما بتصرفهما وذلك في اليسير مفقود .

وعن أبي الدرداء « أنه اشترى من صبي عصفوراً وأطلقه » .

فصل [الشرط الثالث]

قال المصنف رحمه الله: **(الثالث: أن يكون المبيع مالاً وهو ما فيه منفعة مباحة من غير ضرورة، فيجوز بيع البغل والحمار ودود القز وبزره والنحل منفرداً وفي كواراته)**.

أما كون ثالث الشروط[1] السبعة لصحة البيع: أن يكون المبيع مالاً؛ فلأنه مقابل بالمال.

ولأن البيع مبادلة المال بالمال.

وأما قول المصنف رحمه الله: وهو ما فيه منفعة مباحة من غير ضرورة فتفسير للمال. وفي تقييده بما فيه منفعة احتراز عما لا نفع فيه كالحشرات، وفي تقييد المنفعة بالإباحة احتراز عما فيه منفعة محرمة كالخمر والخنزير، وفي تقييد الإباحة بغير ضرورة احتراز عما فيه منفعة مباحة للضرورة كالكلب. ولو قال المصنف رحمه الله: لغير حاجة كان جيداً لأن اقتناء الكلب يحتاج إليه ولا يضطر إليه.

وأما كون بيع البغل والحمار يجوز؛ فلأنهما يشتملان على جميع ما ذكر.

ولأن الناس يتبايعونهما من الأعصار المتقدمة من غير نكير فكان ذلك كالإجماع.

وأما كون بيع دود القز يجوز؛ فلأنه يشتمل على ما ذكر.

ولأنه حيوان يجوز اقتناؤه لغرض التملك لما يخرج منه أشبه البهائم.

---

(١) في هـ: أما كون الثالث من الشروط.

وأما كون بيع بزره يجوز ؛ فلأنه منتفع به في المال أشبه ولد الفرس.

وأما كون بيع النحل يجوز ؛ فلأنه يشتمل على ما ذكر.

ولأنه حيوان طاهر يخرج من بطونه شراب فيه منافع للناس فجاز بيعه كبهيمة الأنعام. ولا فرق بين كونها منفردة مشاهدة وبين كونها في كواراتها لإمكان مشاهدتها بفتح رأسها.

وقال القاضي: لا يجوز لأن بعضها لا يشاهد وهو أميرها.

ولأنها لا تخلو من عسل يكون مبيعاً وهو مجهول.

والأول أولى لما ذكر لأن خفاء البعض لا يمنع الصحة كبيع الصبرة، وكما لو باع شيئاً في وعاء لا يشاهد إلا ظاهره.

ولأن ما فيه من العسل يدخل تبعاً ولا تضر جهالته كأساسات الحيطان.

قال: **(ويجوز بيع الهر والفيل وسباع البهائم التي تصلح للصيد في إحدى الروايتين إلا الكلب اختارها الخرقي، والأخرى لا يجوز اختارها أبو بكر).**

أما كون بيع الهر يجوز في روايةٍ؛ فلأنه حيوان يجوز اقتناؤه والانتفاع به من غير حاجة فجاز بيعه كالبغل والحمار.

وأما كونه لا يجوز في روايةٍ فلما روى جابر «أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الهر»[1] رواه أبو داود.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٨٠٧) ٣: ٣٥٦ كتاب الأطعمة، باب النهي عن أكل السباع.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٨٠) ٣: ٥٧٨ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية ثمن الكلب والسنور. نحوه.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٢٥٠) ٢: ١٠٨٢ كتاب الصيد، باب الهرة. نحوه.

وعن جابر «أنه سئل عن ثمن السنور فقال: زجر رسول الله ﷺ عن ذلك»[1] رواه مسلم.

والأولى أولى؛ لما تقدم. وما ذُكر من الحديث محمول على ما ليس بمملوك، أو على بيع الهر البري، أو على ما لا منفعة فيه؛ لأن فيه جمعاً بينه وبين المعنى المذكور.

وأما كون بيع الفيل وسباع البهائم التي تصلح للصيد غير الكلب يجوز في روايةٍ؛ فلأنه حيوان يجوز اقتناؤه والانتفاع به من غير وعيد ورد في جنسه فجاز بيعه كالبغل والحمار.

فإن قيل: ما المراد بقول المصنف: يصلح للصيد؟

قيل: يحتمل أنه أراد كونها معلمة حالة البيع. فعلى هذا لا يصح بيعها قبل التعليم، ويحتمل أنه أراد به كونها قابلة للتعليم. وهو أولى المحملين، وإن كان خلاف ظاهر اللفظ لأنه قال في المغني: ما ليس بمعلم ولا يقبل التعليم لا يجوز بيعه لعدم النفع، وإن كان أمكن تعليمه فالأولى جواز بيعه ليُعلّم، وقاسه على اقتناء الجرو الصغير وبيع الجحش الصغير.

فإن قيل قول المصنف رحمه الله: إلا الكلب ما هو؟

قيل: استثناء من جواز البيع المختلف فيه لأن بيعه لا يجوز رواية واحدة لما يذكر بعد إن شاء الله تعالى.

وأما كون بيع الفيل وسباع البهائم لا يجوز في روايةٍ؛ فلأنها نجسة أشبهت الكلب.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٦٩) ٢: ١١٩٩ كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب...

والأول أصح لما ذكر. وفارق الكلب من حيث إنها يجوز اقتناؤها مطلقاً بخلاف الكلب فإنه لا يجوز إلا لأحد أسباب ثلاثة.

ولأن جواز اقتناء الكلب للحاجة بخلاف ما ذكر.

قال: **(ويجوز بيع العبد المرتد والمريض، وفي بيع الجاني والقاتل في المحاربة ولبن الآدميات وجهان)**.

أما كون بيع العبد المرتد يجوز فلحصول النفع به إلى وقت قتله وربما رجع إلى الإسلام فيحصل فيه كمال النفع.

وأما كون بيع العبد المريض يجوز؛ فلأن خشية الهلاك لا تمنع صحة البيع دليله بيع العبد المرتد.

وأما كون بيع العبد الجاني يجوز في وجهٍ؛ فلأن قتله غير متحتم فجاز بيعه كالمرتد.

وأما كونه لا يجوز في وجهٍ؛ فلأنه تعلق برقبته حق آدمي فمنع جواز بيعه كالرهن بل حق الجناية آكد لأنها تقدم على الرهن.

والأول أولى لما ذكر.

ولأنه حق غير مستقر في الجاني يملك أداؤه من غيره فلم يمنع البيع كالزكاة، أو حق ثبت بغير رضا سيده فلم يمنع بيعه كالدين في ذمته، أو تصرف في[1] الجاني فجاز كالعتق. وفارق الرهن من حيث إنه حق متعين فيه لا يجوز إبداله ومن حيث إنه يثبت الحق فيه برضى المالك.

وأما كون بيع القاتل في المحاربة يجوز في وجهٍ؛ فلأنه ينتفع به إلى حين قتله ويعتقه فيجر ولاء ولده فجاز بيعه كالمريض.

---

(١) ساقط من هـ.

وأما كونه لا يجوز في وجهٍ ؛ فلأنه متحتم القتل فلا منفعة فيه أشبه الميت .

وأما كون بيع لبن الآدميات يجوز في وجهٍ ؛ فلأنه طاهر ينتفع به فجاز بيعه كلبن الشاة .

وأما كونه لا يجوز في وجهٍ ؛ فلأنه مائع خرج من آدمية أشبه العرق .

ولأنه من الآدمي فلم يجز بيعه كسائر أجزائه .

قال : **(وفي جواز بيع المصحف وكراهة شرائه وإبداله روايتان)** .

أما كون بيع المصحف لا يجوز في روايةٍ فلما في ذلك من صيانته .

وأما كونه يجوز في روايةٍ «فلأن ابن عباس سئل عن ذلك . فقال : لا بأس . يأخذون أجور أيديهم» .

والأولى أولى لما ذكر .

ولأنه قول جماعة من الصحابة منهم ابن عمر وأبو موسى وسعيد بن جبير . ولم يُعرف لهم مخالف في عصرهم . فكان إجماعاً .

قال الإمام أحمد : لا أعلم في بيع المصحف رخصة .

وقال ابن عمر : « وددت أن الأيدي تقطع في بيعها»[1] . أي في بيع المصاحف .

ولأنه مشتمل على كلام الله فوجب صيانته عن البيع .

وأما كون شرائه يكره في روايةٍ ؛ فلأنه وسيلة إلى البيع المتضمن إذلال المصحف فإذا لم يحرم فلا أقل من أن يكره .

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٠٢٠٢) ٤: ٢٩٢ كتاب البيوع والأقضية ، من كره شراء المصاحف.
وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٤٥٢٥) ٨: ١١٢ كتاب البيوع ، باب بيع المصاحف.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٦ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع المصاحف.

وأما كونه لا يكره في روايةٍ ؛ فلأنه استنقاذ للمصحف فوجب جوازه من غير كراهة كشراء المسلم من الكفار ومع كونه حراً محرم البيع .

وأما كون إبداله يكره في روايةٍ ؛ فلأنه بيع في الجملة فإذا لم يحرم فلا أقل من أن يكره .

وأما كونه لا يكره في روايةٍ ؛ فلأن البيع إنما منع منه لما فيه من الرغبة عن المصحف وذلك مفقود في الإبدال .

ومراد المصنف بالكراهة كراهة تنزيه لا كراهة تحريم لأنه عطفه على جواز البيع فلو أراد كراهة التحريم[1] لكان عطف الشراء على البيع وأسقط الكراهة . فعلى هذا الفرق بين البيع والشراء والإبدال هو أن البائع في معنى الراغب مع أنه لا استنقاذ فيه بخلاف الشراء والإبدال .

قال الإمام أحمد : لا أعلم في بيع المصحف رخصة . ورخص في شرائه .

وقد صرح صاحب النهاية فيها أنه لا يصلح بيع المصحف ولا شراؤه ولا إبداله لأن جميع ذلك إذلال ، والمصحف محترم فتنافيا . وفارق الشراء هنا شراء الأسير من حيث إن شراء الأسير تدعو الحاجة إليه بخلاف المصحف .

فعلى هذا يجوز أن يكون المراد[2] بالكراهة هنا كراهة تحريم .

قال : **(ولا يجوز بيع الحشرات والميتة ولا شيء منها ولا سباع البهائم التي لا تصلح للصيد ولا الكلب ولا السرجين النجس ولا الأدهان النجسة . وعنه : يجوز بيعها لكافر يعلم نجاستها ، وفي جواز الاستصباح بها روايتان . ويخرج على ذلك جواز بيعها)** .

---

(١) ساقط من هـ .

(٢) ساقط من هـ .

أما كون بيع الحشرات لا يجوز؛ فلأنه لا منفعة فيها وقد تقدم اشتراط النفع في جواز البيع.

وأما كون بيع الميتة لا يجوز؛ فلأن جابراً قال: «سمعت رسول الله ﷺ وهو بمكة يقول: إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والأصنام»[1] متفق عليه.

وأما كون بيع شيء منها لا يجوز؛ فلأن ما لا يجوز بيع كله لا يجوز بيع شيء منه دليله بيع الخمر وغيره.

وأما كون بيع سباع البهائم التي لا تصلح للصيد لا يجوز؛ فلأنها لا نفع فيها أشبهت الحشرات.

وأما كون بيع الكلب لا يجوز فلما روى أبو مسعود الأنصاري «أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب»[2].

وقال ﷺ: «ثمن الكلب خبيث»[3] متفق عليهما.

وروي عن ابن عباس أنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب. قال: وإن جاء يطلب ثمنه فاملؤا كفه تراباً»[4] رواه أبو داود.

ولأنه حيوان نهي عن اقتنائه في غير حال الحاجة إليه أشبه الخنزير، أو حيوان نجس العين أشبه الخنزير.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٢١) ٢: ٧٧٩ كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨١) ٣: ١٢٠٧ كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٣١) ٥: ٢٠٤٥ كتاب الطلاق، باب مهر البغي والنكاح الفاسد.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٦٧) ٣: ١١٩٨ كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب...

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٦٨) ٣: ١١٩٩ كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب... ولم أره عند البخاري.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٤٢١) ٣: ٢٦٦ كتاب البيوع، باب في كسب الحجام.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٧٥) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في ثمن الكلب.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٥٨٤٤) ٣: ٤٦٤.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٨٢) ٣: ٢٧٩ كتاب البيوع، باب في أثمان الكلاب.

وأما كون بيع السرجين النجس لا يجوز ؛ فلأنه نجس مجمع على نجاسته فلم يجز بيعه كالميتة .

وأما كون بيع الأدهان النجسة لا يجوز على المذهب ؛ فلأن رسول ا لله ﷺ قال : « إن ا لله تعالى إذا حرم شيئاً حرم ثمنه »[1] .

ولأنها نجسة فلم يجز بيعها كشحم الميتة .

وأما كونه يجوز لكافر يعلم نجاستها على روايةٍ ؛ فلأنه يعتقد حل ذلك . واشترط المصنف رحمه ا لله الكفر لأجل الاعتقاد المجوز لأن ذلك لا يوجد في غيره . والعلم بنجاستها المراد به اعتقاد الطهارة[2] لأن نفس العلم بالنجاسة ليس شرطاً في بيع الثوب النجس فكذا هاهنا .

وأما كون الاستصباح بذلك يجوز في روايةٍ ؛ فلأنه انتفاع من غير ضرر أشبه الانتفاع بالجلد اليابس .

وأما كونه لا يجوز في روايةٍ ؛ فلأنه دهن نجس فلم يجز الاستصباح به كشحم الميتة .

وأما كون جواز بيعها يخرج على جواز الاستصباح بها ؛ فلأنها تصير بذلك منتفعاً بها فجاز بيعها كالبغل والحمار .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٨٨) ٣: ٢٨٠ كتاب البيوع، باب في ثمن الخمر والميتة. بلفظ: « ... وإن ا لله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه... ».
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٢٢١) ١: ٢٤٧.

(٢) في هـ : والعلم بنجاستها والمراد اعتقاد الطهارة بها .

فصل [الشرط الرابع]

قال المصنف رحمه الله: **(الرابع: أن يكون مملوكاً له أو مأذوناً له في بيعه، فإن باع ملك غيره بغير إذنه أو اشترى بعين ماله شيئاً بغير إذنه لم يصح. وعنه: يصح ويقف على إجازة المالك، وإن اشترى له في ذمته بغير إذنه صح، فإن أجازه من اشتري له ملكه، وإلا لزم من اشتراه، ولا يجوز أن يبيع ما لا يملكه ليمضي ويشتريه ويسلمه)**.

أما كون رابع الشروط[1] السبعة لصحة البيع أن يكون مملوكاً للبائع أو مأذوناً له في بيعه؛ فلأن قول النبي ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»[2] يدل على اشتراط كون البيع مملوكاً للبائع. ترك العمل به في المأذون له لقيامه مقام[3] المالك في ملك البيع لأن المالك نزله منزلة نفسه.

ولأن المنع من بيع ملك الغير إنما كان من أجل ذلك الغير فإذا أذن فيه زال ذلك.

ولأن الحاجة داعية إلى التوكيل في البيع لكون الموكِّل غائباً أو محبوساً لا يمكن حضور المشتري معه أو ما أشبه ذلك فلو لم يقم الإذن مقام الملك في ملك البيع لأدى إلى الحرج والمشقة فوجب أن يبقى فيما عداه على مقتضاه.

فإن قيل: ما ليس عندك ليس فيه ذكر الملك؟

---

(١) في هـ: أما كون الرابع من الشروط.

(٢) سيأتي تخريجه ص: ٢٤.

(٣) ساقط من هـ.

قيل: معناه ما ليس في ملكك[1] لأن صدر الحديث: «يـأتيني الرجـل يلتمـس مني ما ليس عندي فأمضي إلى السوق فأشتريه»[2].

وأما كون بيع الغير ملك غيره بغير إذنه وشرائه بعين مال غيره شيئاً بغـير إذنـه لا يصح على المذهب؛ فلأن كون المبيع[3] مملوكاً أو مأذوناً في التصـرف فيـه شـرط في صحته لما تقدم والشيء يفوت بفوات شرطه.

وأما كونه يصح ويقف على إجازة المالك على روايةٍ: أمـا كونـه يصـح فلمـا روى عروة بن الجعد البارقي «أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به شاة. فاشترى به شـاتين. ثـم بـاع إحداهمـا بدينـار في الطريـق. قـال: فـأتيت[4] النبي ﷺ بالدينـار وبالشاة. فقال: بارك الله لك في صفقة يمينك»[5] رواه الإمام أحمد والأثرم.

وأما كون الصحة تقف على إجازة المـالك؛ فلأنـه لـو صـح مـن غـير إجـازة المالك لتضرر المالك لتمكن الغير من بيع ملكه.

ولأنه عقد، له مجيز حال وقوعه، فوقف على إجازته كالوصية لأجنبي بزيـادة على الثلث حيث يقف على الوارث.

والأول أولى لما تقدم.

---

(١) في هـ: ملك.

(٢) سيأتي تخريجه ص: ٢٤.

(٣) في هـ: البيع.

(٤) في هـ: أتيت.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٤٤٣) ٣: ١٣٣٢ كتـاب المنـاقب، بـاب سـؤال المشـركين أن يريهـم النبي ﷺ آية...

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٤) ٣: ٢٥٦ كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٥٨) ٣: ٥٥٩ كتاب البيوع، باب.

أخرجه أحمد في مسنده (١٩٣١٦) ٤: ٣٧٦.

وأما حديث عروة فمحمول على أنه كان وكيلاً مطلقاً بدليل أنه سلم وتسلم وليس ذلك لغير المالك والوكيل المطلق.

وأما كون شراء غير المالك له في ذمته بغير إذن المالك يصح؛ فلأنه متصرف في ذمته وهي قابلة للتصرف.

وأما كون من اشتُري له ذلك يملكه إذا أجاز المشترى له؛ فلأنه اشتُري لأجله ونزل المشتري نفسه منزلة الوكيل فملكه من اشتُري له كما لو أذن له في ذلك.

وأما كون الشراء يلزم من اشتراه إذا لم يجزه من اشتُري له؛ فلأن التصرف صحيح لما تقدم ولا يلزم من اشتُري له قبوله لأنه لم يأذن فيه فتعين كونه للمشتري.

وأما كونه لا يجوز أن يبيع ما لا يملكه ليمضي ويشتريه ويسلمه فلما روى حكيم بن حزام أنه قال للنبي ﷺ: «إن الرجل يأتيني يلتمس مني ما ليس عندي فأمضي إلى السوق فأشتريه ثم أبيعه منه. فقال: لا تبع ما ليس عندك»[1] رواه الترمذي. وقال: حديث صحيح.

قال: **(ولا يصح بيع ما فتح عنوة ولم يُقسم كأرض الشام والعراق ومصر ونحوها إلا المساكن وأرضاً من العراق فتحت صلحاً وهي الحيرة وأُلَّيس وبانقيا وأرض بني صلوبا؛ لأن عمر رضي الله عنه وقفها على المسلمين وأقرها في أيدي أربابها بالخراج الذي ضربه أجرة لها في كل عام ولم يقدر مدتها لعموم المصلحة فيها. وتجوز إجارتها، وعن أحمد أنه كره بيعها وأجاز شراءها)**.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٠٣) ٣: ٢٨٣ كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٢) ٣: ٥٣٤ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦١٣) ٧: ٢٨٩ كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع.

أما كون بيـع مـا فتـح عنـوة و لم يقسـم كـأرض الشـام والعـراق ومصـر غـير المساكن لا يصح علـى المذهـب فلمـا ذكـره المصنـف مـن أن عمـر رضـي ا لله عنـه وقفها[1] . روي ذلك في قصص اشتهرت عنه .

وأما قوله رحمه ا لله : و لم يقدر مدتها لعموم المصلحة فيها فجواب عن إشكال مقدر لأنه لما قال : وأقرها في أيدي أربابها بالخراج الذي ضربه أجرة لها توجه لقـائل أن يقول : الإجارة يجب تقدير مدتها فأشار إلى الفرق من حيث إن عمـوم المصلحـة موجود هنا بخلاف ما إذا أجر إنسان ملكه . فأطلق عمر رضي ا لله عنه المدة لذلك .

وأما كون بيـع المسـاكن ممـا فتـح عنـوة و لم يقسـم يصـح فـ « لأن الصحابـة اقتطعوا الخطط في الكوفة والبصرة في زمن عمر وبنوها مساكن وتبايعوها » من غـير نكير فكان إجماعاً .

وأما كون بيع الأراضي التي سماها المصنف رحمه ا لله من الحـيرة ... إلى آخـره يصح ؛ فلما أشار إليه من أنها فتحت صلحاً لا عنوة .

وأما كون إجارتها تجوز ؛ فلأنها مؤجرة في يد أربابها وإجارة المؤجر جائزة .

وأما كونه يكره بيعها ويجوز شراؤها على روايةٍ : أما الكراهة فللاختـلاف في بيعها ، وأما الشراء ؛ فلأنه في معنى الاستنقاذ .

قال : **(ولا يجوز بيع رباع مكة ولا إجارتها . وعنه : يجوز ذلك)** .

أما كون بيـع ربـاع مكـة لا يجـوز علـى المذهـب ؛ فلأنهـا فتحـت عنـوة و لم تقسم : أما كونها فتحت عنوة ؛ فـلأن النبـي ﷺ قـال : « إن ا لله حبـس عـن مكـة الفيل وسلط رسولَه والمؤمنين . وإنما أُحِلّت لي ساعة من نهار »[2] متفق عليه .

---

(١) أخرجه أبو عبيد في الأموال (١٤٧) ص: ٥٩ كتاب فتوح الأرضين صلحاً، باب فتح الأرض تؤخذ عنوة...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٠٢) ٢: ٨٥٧ كتاب في اللقطة، باب كيف تعرف لقطة أهل مكة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٥٥) ٢: ٩٨٨ كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها...

و « لأن أم هانئ قالت : يا رسول الله! إني أجرت حموين لي فزعم ابنُ أمي أنه قاتلهما . فقال النبي ﷺ : قد أجرنا من أجرت »[1] .

و « لأن ابن خطل ومقيس بن ضبابة قتلا بها حين فتحت »[2] ولو فتحت صلحاً لم يجز قتل أهلها .

وأما كونها لم تقسم فبالنقل عن أئمة الأثر ، وإذا فتحت عنوة و لم تقسم بين الغانمين صارت وقفاً على المسلمين فلم يجز بيعها كسواد العراق .

ولأن النبي ﷺ قال في مكة : « حرام بيعها حرام إجارتها »[3] .

وأما كونه يجوز على روايةٍ ؛ فلأنه روي أنها فتحت صلحاً؛ لأن النبي ﷺ قال : « من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ، ومن ألقى السلاح فهو آمن ، ومن دخل المسجد فهو آمن »[4] . وإذا فتحت صلحاً كانت لأهلها فجاز بيعها كسائر الأملاك .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٨٠٦) ٥: ٢٢٨٠ كتاب الأدب، باب ما جاء في زعموا.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٣٣٦) ١: ٤٩٨ كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب استحباب صلاة الضحى...

(٢) عن مصعب بن سعد عن أبيه قال: « لما كان يوم فتح مكة أمّن رسول الله ﷺ الناس إلا أربعة نفر وامرأتين وقال: اقتلوهم وإن وجدتموهم متعلقين بأستار الكعبة عكرمة بن أبي جهل وعبد الله بن خطل ومقيس بن ضبابة وعبد الله بن سعد بن أبي السرح... ».
أخرجه النسائي في سننه (٤٠٦٧) ٧:١٠٦ كتاب تحريم الدم، الحكم في المرتد.
وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٣١) ٣: ٥٩ كتاب البيوع. نحوه.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٦٨٥) ٣:٦٠ كتاب الجهاد، باب قتل الأسير ولايعرض عليه الإسلام. بلفظ: « أن رسول الله ﷺ دخل مكة عام الفتح وعلى رأسه المغفر فلما نزعه جاءه رجل فقال: ابن خطل متعلق بأستار الكعبة فقال: اقتلوه ».
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٦٩٣) ٤:٢٠٢ كتاب الجهاد، باب ما جاء في المغفر. نحو لفظ أبي داود.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٢٣) ٣: ٥٧ كتاب البيوع.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣٥ كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع دور مكة...

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٨٠) ٣: ١٤٠٧ كتاب الجهاد والسير، باب فتح مكة.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٠٢٤) ٣:١٦٣ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب ماجاء في خبر مكة.

ويؤيد ذلك ما روي « أن عمر رضي الله عنه اشترى من صفوان بن أمية داراً بأربعة آلاف درهم »[1] ، و « اشترى معاوية من حكيم بن حزام دارين بمكة : إحداهما بستين ألفاً ، والأخرى بأربعين ألفاً »[2] .

وظاهر كلام المصنف في المغني وصاحب النهاية فيها ترجيح الرواية الأولى لما تقدم .

وأجابا عن فعل عمر بأنه كان على سبيل الاستنقاذ لأنه اشترى ذلك لمصلحة المسلمين لأنه عمله سجنا ، ويؤيده فعله ذلك في أرض السواد .

وأما كون إجارتها لا تجوز على المذهب فلما تقدم من قوله : « حرام إجارتها »[3] .

وروي « أن سفيان سكن بعض رباع مكة وهرب و لم يعطهم أجرة » .

وأما كونها تجوز على روايةٍ فلما تقدم من أنها فتحت صلحاً .

قال : **(ولا يجوز بيع كل ماء عدٍّ ؛ كمياه العيون ، ونقع البئر . ولا ما في المعادن الجارية[4] ؛ كالملح ، والقار ، والنفط . ولا ما ينبت في أرضه من الكلأ ، والشوك . ومن أخذ منه شيئاً ملكه إلا أنه لا يجوز له دخول ملك غيره بغير إذنه . وعنه : يجوز بيع ذلك)** .

أما كون بيع الماء لا يجوز على المذهب فـ « لأن النبي ﷺ نهى أن يباع الماء »[5] رواه الأثرم .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣٤ كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع دور مكة...

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣٥ كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع دور مكة... بلفظ: قال: « باع حكيم بن حزام دار الندوة من معاوية بن أبي سفيان بمائة ألف... ».

(٣) تقدم تخريجه ص: ٢٦.

(٤) في هـ: الظاهرة.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٧٨) ٣: ٢٧٨ كتاب البيوع، باب في بيع فَضْل الماء .

⇦

ولأن الماء لا يملك على الصحيح من المذهب لأن رجلاً من أصحاب النبي ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث: النار والكلا والماء»[1] رواه أبو داود وابن ماجة.

ولأنه لو كان مملوكاً لم يجز للمستأجر إتلافه لأن الإجارة لا يستحق بها إتلاف الأعيان.

وأما كونه يجوز على روايةٍ؛ فلأنه خارج من ملكه فجاز بيعه كسائر الخارج منه.

وأما كون بيع ما في المعادن الجارية كما مثل المصنف رحمه الله لا يجوز على المذهب؛ فلأن نفعه يعم فلم يجز بيعه كالماء.

وأما كونه يجوز على روايةٍ؛ فلأنه خارج من ملكه أشبه سائر ما يخرج منه.

وأما كون بيع ما ينبت في أرضه من الكلأ والشوك لا يجوز على المذهب فلما تقدم من قوله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث. ذكر منها الكلأ»[2].

ولأن نفعه يعم أشبه ما تقدم.

وأما كونه يجوز على روايةٍ فلما تقدم في الماء وما في المعادن.

⇨

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٧١) ٣: ٥٧١ كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع فضل الماء.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٦٣) ٧: ٣٠٧ كتاب البيوع، بيع فضل الماء.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٧٦) ٢: ٨٢٨ كتاب الرهون، باب النهي عن بيع الماء. كلهم عن إياس بن عبد المزني.

قال الترمذي: حديث إياس حسن صحيح، والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٧٧) ٣: ٢٧٨ كتاب البيوع، باب في منع الماء.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٧٢) ٢: ٨٢٦ كتاب الرهون، باب المسلمون شركاء في ثلاث. قال في الزوائد: عبدالله بن خيراش قد ضعفه أبو زرعة والبخاري وغيرهما. وقال محمد بن عمار الموصلي: كذاب.

(٢) سبق تخريجه في الحديث السابق.

• أما كون من أخذ من ذلك شيئاً يملكه على القول بعدم جواز بيعه ؛ فلأن ذلك كله من المباحات فوجب أن يملكه آخذه كما لو أخذه من أرض مباحة .

وأما كونه لا يجوز له دخول ملك غيره بغير إذنه ؛ فلأنه متصرف في ملك الغير بغير إذنه وذلك غير جائز .

فإن قيل : فكيف يملكه وقد تعدى؟

قيل : تعديه لا يمنع ملكه كما لو عشش في أرضه[1] طائر ، أو دخل فيها ظبي ، أو نضب الماء عن سمك فدخل إليه داخل وأخذه فإنه يكون متعدياً بالدخول ويملك ما أخذه .

وقال ابن عقيل : يتخرج عندي أنه لا يملك بذلك لأنه سبب حرام فلا يستفاد به الملك كالبيع الفاسد . ولقوله عليه السلام : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد »[2] .

فإن قيل : الخلاف المتقدم في الماء وما بعده[3] جار فيما لم يحز من ذلك أو مطلقاً؟

قيل : فيما لم يجز من ذلك ، ولذلك وصف المصنف رحمه الله الماء بالعد لأن العد ما له مادة ، وما حيز لا مادة له ، ولذلك مثل ما لا يجوز بيعه بماء العيون ونقع البئر . فأما ما حيز كالماء في الإناء والكلأ في العِدْل وما أشبه ذلك فإنه يجوز بيعه بلا خلاف ؛ لأن النبي ﷺ قال : « لأن يأخذ أحدكم حبلاً فيأخذ حزمة من حطب

---

(١) في هـ: ملكه.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٥٠) ٢: ٩٥٩ كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧١٨) ٣: ١٣٤٣ كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور.

(٣) ساقط من هـ .

فيبيع ذلك فيكف الله به وجهه خير له من أن يسأل النـاس أعطي أو منـع »[1] رواه البخاري.

وعن النبي ﷺ « أنه نهى عن بيع الماء إلا ما حمـل منـه »[2] رواه أبـو عبيـد في الأموال.

ولأن العادة مضت في الأمصار ببيع الماء في الروايا والحطب والكـلأ المُحـازيْن من غير نكير.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٤٤) ٢: ٨٣٦ كتاب المساقاة، باب بيع الحطب والكلأ.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٤٢) ٢: ٧٢١ كتاب الزكاة، باب كراهة المسألة للناس.

(٢) أخرجه أبو عبيد في الأموال (٧٥٥) ص: ٢٧٨ باب حمى الأرض ذات الكلأ والماء.

فصل [الشرط الخامس]

قال المصنف رحمه الله: **(الخامس: أن يكون مقدوراً على تسليمه، فلا يجوز بيع الآبق ولا الشارد ولا الطير في الهواء والسمك في الماء ولا المغصوب إلا من غاصبه أو من يقدر على أخذه)**.

أما كون خامس الشروط[1] السبعة لصحة البيع أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه؛ فلأن ما لا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم، والمعدوم لا يصح بيعه فكذا ما يشبهه.

وأما كون بيع الآبق والشارد والطير في الهواء والسمك في الماء لا يجوز؛ فـ«لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر»[2] رواه مسلم.

قيل في تفسيره: هو بيع الطير في الهواء والسمك في الماء والآبق. والشارد في معناهما.

ولأن ذلك غير مقدور عليه فلم يجز بيعه لفوات شرطه.

وأما كون بيع المغصوب لا يجوز من غير غاصبه وغير من يقدر على أخذه؛ فلأنه لا يقدر على تسليمه.

---

(١) في هـ: أما كون الخامس من الشروط.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٣) ٣: ١١٥٣ كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٧٦) ٣: ٢٥٤ كتاب البيوع، باب في بيع الغرر.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٠) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الغرر.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٥١٨) ٧: ٢٦٢ كتاب البيوع، بيع الحصاة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٩٤) ٢: ٧٣٩ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر.

وأما كونه يجوز من أحدهما ؛ فلأن المانع من الجواز عدم القدرة على تسليمه وهو معلوم هنا .

فصل [الشرط السادس]

قال المصنف رحمه الله : (السادس : أن يكون معلوماً برؤية أو صفة تحصل بها معرفته . فإن اشترى ما لم يره ولم يوصف له ، [أو رآه][1] ولم يعلم ما هو ، أو ذُكر له من صفته ما لا يكفي في السَّلَم لم يصح البيع . وعنه : يصح وللمشتري خيار الرؤية) .

أما كون سادس الشروط[2] السبعة لصحة البيع أن يكون المبيع معلوماً على المذهب فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر »[3] رواه مسلم .

ولأن المجهول يقع فيه التنازع ويتعذر تسليمه .

وأما كون ذلك معلوماً برؤية أو صفة تحصل بها معرفته ؛ فلأن كل واحد منهما إذا عدم لم يكن المبيع معلوماً وذلك شرط لما تقدم .

وفي كلام المصنف رحمه الله إشعار بأن الرؤية والصفة طريق إلى ذلك : أما الرؤية فمتفق عليها لأنها تحصل العلم بحقيقة المبيع .

وأما الصفة فينظر فيها فإن كانت يحصل بها معرفته كالصفة التي تكفي في السَّلَم كان المبيع بها معلوماً لأن الصفة المذكورة تقوم مقام الرؤية في السَّلَم فكذا هنا .

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ : أما كون السادس من الشروط .

(٣) سبق تخريجه ص: ٣١.

ولأن المبيع يتميز بما يصفه البائع، والشرع قاض بالاعتماد على قوله. دليله قبول قوله أنه ملكه وغير ذلك مما يشترط لصحة العقد.

ولأنه مبيع معلوم للمتعاقدين مقدور على تسليمه فصح كالحاضر.

ولأن الصفة إحدى حالتي العين فصح البيع بها كحالة المشاهدة.

وإنما اشترط ذكر الصفة التي تكفي في السلم لأن المشاهدة لما عدمت وجب استيفاء الصفة التي قامت مقام الرؤية. وهي الصفة التي تكفي في السلم وهي معدومة في غيرها.

فعلى هذا إذا اشترى ما لم يره ولم يوصف له، أو رآه ولم يعلم ما هو، أو ذكر له من صفته ما لا يكفي في السَّلَم لم يصح البيع لعدم العلم بالمبيع.

وأما كون بيع ذلك يصح على روايةٍ؛ فلأنه يروى عن النبي ﷺ: «من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه»[1] والخيار لا يكون إلا في بيع صحيح.

ولأنه عقد معاوضة فصح بغير رؤية ولا صفة كالنكاح.

وأما كون المشتري له خيار الرؤية؛ فللحديث المذكور.

والخيار على الفور للحديث.

وقيل: يتقيد بالمجلس قياساً على خيار المجلس.

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٠) ٣: ٤-٥ كتاب البيوع.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٢٦٨ كتاب البيوع، باب: من قال يجوز بيع العين الغائبة. كلاهما عن أبي هريرة.

قال الدارقطني: هذا باطل لا يصح. وإنما يروى عن ابن سيرين موقوفاً من قوله.

وجاء من طريق أخرى مرسلة عن مكحول عن النبي ﷺ. أخرجها ابن أبي شيبة في مصنفه (١٩٩٧٠) ٤: ٢٧٣ كتاب البيوع والأقضية، في الرجل يشتري الشيء ولا ينظر إليه...

وأخرجها الدارقطني في سننه (٨) ٣: ٤. وقال: هذا مرسل، وأبو بكر بن أبي مريم -أحد الرواة- ضعيف.

قال: **(وإن ذكر له من صفته ما يكفي في السلم أو رآه ثم عقد بعد ذلك بزمن لا يتغير فيه ظاهراً صح في أصح الروايتين، ثم إن وجده لم يتغير فلا خيار له، وإن وجده متغيراً فله الفسخ، والقول في ذلك قول المشتري مع يمينه)**.

أما كون البيع يصح فيما ذكر من صفة ما يكفي في السلم في أصح الروايتين فلما تقدم في شرح قول المصنف رحمه الله أو صفة تحصل بها معرفته.

وأما كونه لا يصح في روايةٍ؛ فلأن الصفة لا تحصل العلم من كل وجه.

وأما كونه يصح فيما إذا رآه ثم عقد بعد رؤية المبيع بزمن لا يتغير فيه ظاهراً في أصح الروايتين؛ فلأن المبيع معلوم عندهما أشبه ما لو شاهداه حال العقد.

ولأن الرؤية السابقة كالمقارنة.

وأما كونه لا يصح في روايةٍ؛ فلأن ما كان شرطاً يعتبر وجوده حال العقد كالشهادة في النكاح.

وقول المصنف رحمه الله: بزمن لا يتغير فيه ظاهراً مشعر بأن الزمن لو كان يتغير فيه لا يصح بيعه. وصرح غيره بعدم صحته لأنه غير معلوم.

فإن قيل: فلو احتمل الأمرين.

قيل: العقد صحيح؛ لأن الأصل سلامته.

وأما كون المشتري لا خيار له إذا وجد المبيع لم يتغير؛ فلأنه حصل له ما عقد عليه.

وأما كونه له الفسخ إذا وجده متغيراً؛ فلأن ذلك كالعيب.

وأما كون القول في ذلك قول المشتري مع يمينه؛ فلأن الثمن يلزمه إلا ما اعترف به.

قال: **(ولا يجوز بيع الحمل في البطن واللبن في الضرع والمسك في الفأر والنوى في التمر ولا الصوف على الظهر. وعنه: يجوز بشرط جزه في الحال)**.

أما كون بيع الحمل في البطن لا يجوز فلما روى أبو هريرة « أن النبي ﷺ نهى عن بيع المضامين والملاقيح »[1] .

قال أبو عبيد : المضامين : ما في أصلاب الفحول ، والملاقيح : ما في البطون . وهي الأجنة .

وروى ابن عمر « أن النبي ﷺ نهى عن بيع المجر »[2] .

قال ابن الأعرابي : المجر ما في بطن الناقة .

ولأنه مجهول لا تعلم صفته ولا حياته فلم يصح بيعه كالمعدوم .

ولأنه غير مقدور على تسليمه ، والقدرة على ذلك شرط في جواز البيع .

وأما كون بيع اللبن في الضرع لا يجوز فلما روى ابن عباس « أن النبي ﷺ نهى أن يباع لبن في ضرع »[3] .

ولأنه مجهول الصفة والمقدار أشبه الحمل .

ولأنه بيع عين لم تخلق فلم يجز كبيع ما تحمل الناقة .

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٦٣) ٢: ٥٠٧ كتاب البيوع، باب ما لا يجوز من بيع الحيوان.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٤١ كتاب البيوع، باب النهي عن بيع حبل الحبلة. كلاهما عن ابن المسيب مرسلاً.
وأخرجه الطبراني في الكبير (١٥٨١٠) ١١: ٢٣٠. مرفوعاً من حديث ابن عباس. قال في المجمع: فيه إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة وثقه أحمد وضعفه جمهور الأئمة.
وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد مرفوعاً عن أبي هريرة ٤: ١٠٤ كتاب البيوع، باب بيع الملاقيح والمضامين وحبل الحبلة، وعزاه إلى البزار وقال: فيه صالح بن أبي الأخضر . وهو ضعيف.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٤١ كتاب البيوع، باب النهي عن بيع حبل الحبلة.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٤٠ كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيع الصوف على ظهر الغنم واللبن في ضروع الغنم...

وأما كون بيع المسك في الفأر. وهو: الوعـاء الـذي يكـون فيـه، والنـوى في التمر لا يجوز؛ فلأن كل واحد منهما مجهـول فـلا يجـوز بيعـه مسـتوراً[1] كـالدر في الصدف.

وأما كون بيع الصوف على الظهر لا يجوز على المذهـب فـ« لأن النبي ﷺ نهى أن يباع صوف على ظهر »[2].

ولأنه متصل بالحيوان فلم يجز إفراده بالعقد كأعضائه.

وأما كونه يجوز بشرط جزه في الحال على روايةٍ؛ فلأنه مشاهد يمكن تسـليمه فجاز بيعه كالرطبة في الأرض. وفارق الأعضاء من حيث إنها لا يمكن تسليمها مـع سلامة الحيوان.

قال: **(ولا يجوز بيع المُلامسَة، وهو أن يقول: بعتك ثوبي هـذا على أنـك متى لمسته فهو عليك بكذا، أو يقول: أي ثوب لمسته فهـو لـك بكـذا. ولا بيـع المُنابَذة، وهو أن يقول: أي ثوب نبذته إليّ فهـو عليّ بكـذا. ولا بيـع الحصـاة، وهو أن يقول: ارم هذه الحصاة فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بكذا، أو يقول: بعتك من هذه الأرض بقدر ما تبلغ هذه الحصاة إذا رميتها بكذا)**.

أما كون بيع المنابذة والملامسة لا يجوز فـ« لأن النبي ﷺ نهـى عـن الملامسَة والمنابَذة »[3] متفق عليه.

وأما تفسيرهما فكما ذكر المصنف رحمه الله. وهو ظاهر كلام الإمـام أحمـد لأن فيما روى البخاري « أن النبي ﷺ نهى عن المُلامَسة ونهى عن المُنابَذة. وهي :

---

(١) في هـ: مستور، وهو لحن.

(٢) تكملة للحديث السابق وقد سبق تخريجه.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٤٠) ٢: ٧٥٤ كتاب البيوع، باب بيع المنابذة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥١١) ٣: ١١٥١ كتاب البيوع، باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة.

طَرْحُ الرجلِ ثوبَه بالبيعِ إلى الرجلِ قبلَ أن يُقَلِّبَه أو يَنظرَ إليه. والملامسةُ لمسُ الثوبِ لا يَنظرُ إليه»[1].

وروى مسلم في تفسيرها عن أبي هريرة قال: «هو لمسُ كلُ واحدٍ منهما ثوبَ صاحبِه بغير تَأمُّلٍ، والمنابَذة أن يَنْبُذَ كلُ واحدٍ منهما ثوبَه ولم ينظر كل واحدٍ منهما ثوبَ صاحبه»[2]. وهو يرجع إلى المعنى الذي فسره المصنف رحمه الله. وعلة المنع فيهما كون المبيع مجهولاً لا يعلم.

وأما كون بيع الحصاة لا يجوز؛ فلأن أبا هريرة روى «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة»[3]. وفي تفسيره خلاف هل هو في الأرض أو في الثوب؟ وقد ذكرهما المصنف رحمه الله وكلاهما فاسد لما فيه من الغرر والجهل.

قال: **(ولا يجوز أن يبيع عبداً غير معين، ولا عبداً من عبيد، ولا شاة من قطيع، ولا شجرة من بستان، ولا هؤلاء العبيد إلا واحداً غير معين، ولا هذا القطيع إلا شاة. وإن استثنى معيناً من ذلك جاز. وإن باعه قفيزاً من هذه الصبرة صح)**.

أما كونه لا يجوز بيع عبد غير معين ولا عبداً من عبيد ولا شاة من قطيع ولا شجرة من بستان ولا هؤلاء العبيد إلا واحداً غير معين ولا هذا القطيع إلا شاة؛ فلأن ذلك كله غرر فيدخل في الحديث المتقدم.

ولأنه يختلف فيفضي إلى التنازع.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٣٧) ٢: ٧٥٤ كتاب البيوع، باب بيع الملامسة.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥١١) ٣: ١١٥٢ الموضع السابق.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٣) ٣: ١١٥٣ كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٠) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الغرر.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٥١٨) ٧: ٢٦٢ كتاب البيوع، بيع الحصاة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٩٤) ٢: ٧٣٩ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر.

وأما كونه يجوز إذا استثنى معيناً مثل أن يقـول : بعتـك هـؤلاء العبيـد إلا هـذا العبد أو إلا فلاناً وهما يعرفانـه فـ « لأن النبي ﷺ نهـى عـن الثنيـا إلا أن تعلـم »[1] وهذه معلومة .

ولأن المفسد للبيع الجهالة وقد زالت .

وأما كونه يصح إذا باعه قفيزاً من هذه الصـبرة ؛ فلأنـه مبيـع مقـدر مـن جملة يصح بيعها أشبه ما إذا باع نصفها .

قال : **(وإن باعـه الصـبرة إلا قفيزاً ، أو ثمرة الشـجرة إلا صاعاً لم يصـح . وعنه : يصح)** .

أما كون بيع ما ذكر لا يصح على الرواية الأولى ؛ فلأن المبيع[2] مجهول لأن ما كان معلوماً بالمشاهدة يخرج عن كونه معلوماً بالاستثناء .

وأما كونه يصح على الرواية الثانية ؛ فلأن الاستثناء معلوم فلا يدخـل في نهـي النبي ﷺ عن الثنيا « لأنه ﷺ نهى عن الثنيا إلا أن تعلم »[3] وهذه معلومة .

قال : **(وإن باعه أرضاً إلا جريباً ، أو جريباً من أرض يعلمان جربانهـا صـح وكان مشاعاً فيها ، وإلا لم يصح)** .

أمـا كـون بيـع الأرض إلا جريـاً يصـح إذا كـان البـائع والمشـتري يعلمـان جربانها ؛ فلأنها إذا كانت مائة مثلاً فقال البائع : بعتكها إلا جريباً فكأنه قال : بعتك منها تسعة وتسعين جريباً وذلك صحيح فليكن هذا مثله .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٦) ٣: ١١٧٥ كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة...
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٤٠٥) ٣: ٢٦٢ كتاب البيوع، باب في المخابرة.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٨٨٠) ٧: ٤ كتاب الأيمان والنـذور، ذكـر الأحـاديث المختلفـة في النهـي، عـن كـراء الأرض بالثلث والربع. كلهم عن جابر بن عبدالله رضي الله عنهما.

(٢) في هـ : البيع .

(٣) سبق تخريجه في الحديث السابق.

فعلى هذا تكون مشاعة بينهما لما ذكر قبل.

وأما كونه لا يصح بيعها إذا لم يعلما ذلك؛ فلأن المبيع غير معلوم.

وأما كون بيع جريب من أرض يصح إذا كانا يعلمان جربانها ولا يصح إذا لم يكونا يعلمان ذلك فلما مر.

قال: **(وإن باعه حيواناً مأكولاً إلا رأسه وجلده وأطرافه صح، وإن استثنى حمله أو شحمه لم يصح)**.

أما كون بيع الحيوان المأكول إلا رأسه وجلده وأطرافه يصح؛ فلأن عروة قال: «أقبل رسول الله ﷺ من مكة إلى المدينة ومعه أبو بكر وعامر بن فهيرة فاشتريا من راعي غنم شاة وشرطا له سلبها» رواه أبو الخطاب وابن عقيل.

ولأن المستثنى والمستثنى منه معلومان فصح كما لو باع حائطاً واستثنى منه نخلة معينة.

وأما كونه لا يصح بيعه إلا حمله أو شحمه؛ فلأن ذلك مجهول و«قد نهى النبي ﷺ عن الثنيا إلا أن تعلم»[1].

ولأنه لا يصح إفراده بالبيع فلم يصح استثناؤه كالفخذ.

قال: **(ويصح بيع ما مأكوله في جوفه وبيع الباقلاء والجوز واللوز في قشريه والحب المشتد في سنبله)**.

أما كون بيع ما مأكوله في جوفه وهو البيض والرمان وما أشبههما يصح وإن لم يعلم حقيقة داخله؛ فلأن ما يستره من مصلحته ويفسد بإزالته فصح بيعه نفياً للحرج والمشقة.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٩.

ولأن مفهوم نهيه عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها يدل على جواز البيع بعد بدو الصلاح سواء كانت مستورة بقشرها أو لم تكن.

وأما كون بيع الباقلاء والجوز واللوز في قشريه يصح فلما تقدم من مفهوم الحديث.

ولأن ذلك يباع كذلك في أسواق المسلمين من غير نكير فصار إجماعاً.

ولأن ذلك مستور بحائل من أصل الخلقة فجاز بيعه كالرمان والبيض والمستور بقشره الأسفل من ذي القشرين.

وأما كون بيع الحب المشتد في سنبله يصح فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الحب حتى يشتد »[1]. جعل الاشتداد غاية للمنع وما بعد الغاية يخالف ما قبلها فوجب زوال المنع.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٧١) ٣: ٢٥٣ كتاب البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٢٨) ٣: ٥٣٠ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢١٧) ٢: ٧٤٧ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٣٥٩٦) ٣: ٢٥٠.

فصل [الشرط السابع]

قال المصنف رحمه الله : (**السابع : أن يكون الثمن معلوماً . فإن باعه السلعة برقمها ، أو بألف درهم ذهباً وفضة ، أو بما ينقطع به السعر ، أو بما باع به فلان ، أو بدينار مطلق وفي البلد نقود : لم يصح . وإن كان فيه نقد واحد انصرف إليه**) .

أما كون سابع الشروط[1] السبعة لصحة البيع أن يكون الثمن معلوماً ؛ فلأنه أحد العوضين فاشترط العلم به كالمبيع ورأس مال السلم .

ولأن المبيع يحتمل رده بعيب ونحوه فلو لم يكن الثمن معلوماً لتعذر الرجوع به .

وأما كون بيع السلعة برقمها . ومعنى الرقم : أن يكتب ثمن السلعة على ظرفها أو في ورقة تجعل فيها لا يصح ؛ فلأن الثمن في ذلك غير معلوم حال العقد ، وقد تقدم اشتراط العلم به في صحة البيع .

وأما كون بيعها بألف درهم ذهباً وفضة لا يصح ؛ فلأن مقدار كل واحد منهما من الألف مجهول .

وأما كون بيعها بما ينقطع به[2] السعر أو بما باع به فلان لا يصح ؛ فلأن الثمن في ذلك كله غير معلوم حال العقد والعلم به شرط لما تقدم .

---

(١) في هـ : أما كون السابع من الشروط .

(٢) ساقط من هـ .

[وأما كون بيعها بدينار مطلق وفي البلد نقود لا يصـح ؛ فـلأن الثمـن لا يعلـم من أيها يكون فيكون غير معلوم والعلم به شرط لما تقدم .

ولا بد أن يلحظ في النقود أن تكون متساوية في الرواج لأنها لو كان بعضهـا أظهر من بعض صح البيع؛ لأن الأظهـر أرجـح مـن غـيره فينصـرف الثمـن إليـه فـلا يكون غير معلوم .

فإن قيل : كلام المصنف رحمه الله يقتضي بعدم الصحة مطلقاً؟

قيل : يجب تقييده بما ذكر نقلاً ودليلاً .

وأما كون الدينار المطلـق إذا كـان في البلـد نقـد واحـد ينصـرف إليـه ؛ فـلأن المطلق يحمل على المعهود ، وذلك واحد .

فعلى هذا يصح البيع لأن الثمن معلوم][1]

قـال : **(وإن قـال : بعتـك بعشـرة صحاحـاً أو إحـدى عشـرة مكسـرة أو بعشرة[2] نقداً أو عشرين نسيئة لم يصح ، ويحتمل أن يصح)** .

أما كون ما ذكر لا يصح على المذهب ؛ فـ « لأن النبي ﷺ نهـى عـن بَيْعَتَيْـنِ في بَيْعَة »[3] رواه الترمذي . وقال : حديث صحيح .

وقد فسر بهذا .

ولأنه لم يَعقد على ثمن بعينه أشبه ما إذا قال : بعتك هذين العبدين .

وأما كونه يحتمل أن يصح فقياس على ما إذا قال : إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وإن خطته غداً فلك نصف درهم .

---

(١) ساقط من و.

(٢) في هـ: بعشر.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣١) ٣: ٥٣٣ كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة. وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٣٢) ٧: ٢٩٥ كتاب البيوع، بيعتين في بيعة... كلاهما عن أبي هريرة.

قال: **(وإن باعه الصبرة كل قفيز بدرهم، والقطيعَ كل شاة بدرهم، والثوبَ كل ذراع بدرهم صح. وإن باعه من الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح)**.

أما كون بيع الصبرة كل قفيز بدرهم والقطيع كل شاة بدرهم والثوب [كل ذراعٍ][1] بدرهم يصح؛ فلأن البيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم لإشارته إلى ما يعرف مبلغه لجهة لا تتعلق بالمتعاقدين وهو الكيل في الأولى والعدد في الثانية والذرع في الثالثة فصح كما لو باع ما رأس ماله تسعة وتسعين درهماً مرابحة لكل عشرة دراهم فإنه لا يعلم في الحال وإنما يعلم بالحساب. وقد روي عن علي رضي الله عنه «أنه آجر نفسه كل دلو بتمرة، وجاء بالتمر إلى[2] النبي ﷺ فأكله»[3].

وأما كونه إذا باع من الصبرة كل قفيز بدرهم لا يصح؛ فلأن من للتبعيض وكل للعدد فيكون العدد مجهولاً بخلاف ما ذكر قبل فإن المبيع[4] الكل لا البعض ولا جهالة.

قال: **(وإن باعه بمائة درهم إلا ديناراً لم يصح. ذكره القاضي. ويجيء على قول الخرقي أنه يصح)**.

أما كون البيع بما ذكر لا يصح على المذهب؛ فلأن قيمة الدينار مجهولة ويلزم من الجهل بها الجهل بالثمن، والعلم به شرط لما تقدم.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٤٧٣) ٤: ٦٤٥ كتاب صفة القيامة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٤٦) كتاب الأحكام، باب: الرجل يستقي كل دلو بتمرة ويشترط جلدة. وليس فيهما أكل النبي ﷺ منه.
وأخرجه أحمد في مسنده (٦٨٩) ط إحياء التراث.

(٤) في هـ: البيع.

وأما كونه يجيء على قولٍ أنه يصح ؛ فلأنه قال في الإقرار : يصح استثناء العين من الورِق والورِق من العين .

فعلى هذا يكون البيـع صحيحاً لأن الاستثناء صحيح فكـان البيع صحيحاً كسائر الاستثناءات الصحيحة .

ولقـائل أن يقـول : الصحـة في الإقـرار اختلـف الأصحـاب في تعليلهـا فعللهـا بعضهم باتحاد النقدين وكونهما قيـم الأشياء وأرش الجنايات ، وبعضهـم بـأن قيمـة الذهب يعلمها كثير من الناس فـإذا استثنى أحدهمـا مـن الآخـر لم يـؤد إلى الجهالـة غالباً ، وعلى كلا التعليلين لا يجيء صحـة البيع علـى قـول الخرقـي في الإقـرار لأن المفسد للبيع الجهل في حال العقد . ألا ترى أنه إذا باعه برقمه لا يصح للجهـل حـال العقد وإن علم بَعده . وعلى كلا التعليلين لا يخرج الثمـن عـن كونـه مجهـولاً حـال العقد . وفارق هذا الإقرار لأن الإقرار بالمجهول يصح وهذا قول متوجه لا دافع له .

فصل في تفريق الصفقة

قال المصنف رحمه الله: (**وهو: أن يجمع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز. وله ثلاث صور:**

إحداها: باع معلوماً ومجهولاً فلا يصح).

أما قول المصنف رحمه الله: وهو أن يجمع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز فبيان لمعنى تفريق الصفقة.

وأما قوله: وله ثلاث صور؛ فلأن تفريق الصفقة تارة يجمع معلوماً ومجهولاً، وتارة مشاعاً ينقسم الثمن عليه بالأجزاء، وتارة مشاعاً لا ينقسم الثمن عليه بالأجزاء.

وأما كون البيع لا يصح إذا باع معلوماً ومجهولاً؛ فلأن ما بعضه مجهول يكون كله مجهولاً.

ولأن الثمن ينقسم على المبيع بالقيمة، والمجهول لا يمكن تقويمه فلا طريق إلى معرفة ثمن المعلوم.

قال: (**الثانية: باع مشاعاً بينه وبين غيره كعبد مشترك بينهما، أو ما ينقسم عليه الثمن بالأجزاء كقفيزين متساويين لهما فيصح في نصيبه بقسطه في الصحيح من المذهب، وللمشتري الخيار إذا لم يكن عالماً**).

أما كون البيع يصح فيما ذكر في نصيب البائع بقسطه من الثمن في روايةٍ؛ فلأنه لا يلزم منه جهالة في الثمن لانقسامه هنا على الأجزاء.

وأما كونه لا يصح في روايةٍ ؛ فلأنه عقد جمع فيه بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه فلم يصح في شيء كالمسألة المذكورة قبل .

وأما كون الصحيح في المذهب الأولى فلكون الثمن معلوماً . وبه يظهر الفرق بين هذه الصورة وبين الصورة الأولى .

وأما كون المشتري له الخيار إذا لم يكن عالماً ؛ فلأن الشركة عيب ، ولهذا ثبتت الشفعة في المبيع خوفاً من سوء المشاركة .

وفي قول المصنف رحمه الله : إذا لم يكن عالماً إشعار بأن المشتري إذا كان عالماً لا خيار له وهو صحيح لأن إقدامه عليه مع العلم به دليل على الرضى به .

قال : (**الثالثة : باع عبده وعبد غيره بغير إذنه ، أو عبداً وحراً ، أو خلاً وخمراً ففيه روايتان :**

أولاهما : لا يصح ، والأخرى : يصح في عبده وفي الخل بقسطه) .

أما كون المبيع لا يصح فيما ذكر في روايةٍ ؛ فلأن الصفقة جمعت حراماً وحلالاً فغلب التحريم .

ولأنه عقد لم يصح في بعضه فلم يصح في كله أشبه ما لو تزوج بأختين ، أو باع درهماً بدرهمين .

وأما كونه يصح في روايةٍ ؛ فلأن كل واحد منهما له حكمٌ لو انفرد فإذا جمع بينهما وجب ثبوت ما كان له منفرداً كما لو باع شقصاً وسيفاً فإن الشفعة تجب في الشقص دون السيف .

ولأن حكم البيع الصحة ، بطل في أحدهما لعدم قبوله ذلك فيبقى في الآخر كما لو أوصى بشيء لآدمي وبهيمة .

فعلى هذا يصح في عبده والخل بقسطه لأن ذلك هو الذي يقابله .

وأما كون الأُولى أولى فلما ذكر .

ولأن الثمن إنما يتبين بتقسيط العوض بالقيمة وذلك غير معلوم فمنع صحة البيع كالصورة الأولى.

قال: **(وإن باع عبده وعبد غيره بإذنه بثمن واحد فهل يصح؟ على وجهين)**.

أما كون المبيع فيما ذكر لا يصح على وجهٍ؛ فلأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين فكأن كل واحد قد باع عبده بحصة قيمته من الثمن منفرداً وذلك مجهول.

وأما كونه يصح على وجهٍ؛ فلأن جملة الثمن معلومة.

قال: **(وإن جمع بين بيع وإجارة أو بيع وصرف صح فيهما ويُقَسّط العوض عليهما في أحد الوجهين)**.

أما كون ما جمع فيه بين بيع وإجارة يصح في وجهٍ؛ فلأنهما شيئان يجوز أخذ العوض عن كل واحد منهما منفرداً فجاز مجتمعاً كالثوبين والعبدين.

وأما كونه لا يصح في وجهٍ؛ فلأن حكمهما مختلف لأن المبيع المعقود عليه يُضمن بمجرد البيع والإجارة بخلافه.

وأما كون ما جمع فيه بين بيع وصرف يصح في وجهٍ فلما ذكر في أول وجهي المسألة قبل.

وأما كونه لا يصح في وجهٍ؛ فلأن حكمهما مختلف لأن البيع يجوز فيه التفرق قبل القبض والصرف بخلافه.

وذكر المصنف رحمه الله الوجهين المذكورين في المسألتين في المغني الأول روايتين، وعزاهما إلى نقل أبي الخطاب.

وأما كونه يقسط على المبيع والمستأجر في المسألة الأولى وعلى المبيع والمصروف في المسألة الثانية على قدر قيمتهما فكما لو جمع بين عبده وعبد غيره.

قال : **(وإن جمع بين كتابة وبيع فكاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة بطل البيع . وفي الكتابة وجهان)** .

أما كون البيع فيما ذكر يبطل ؛ فلأن المكاتب قبل تمام عقد الكتابة عبدُ قِنٍّ لا يصح أن يبيعه سيده شيئاً لكونه يبيع ماله لعبده .

وأما كون الكتابة تبطل في وجهٍ ؛ فلأنه عقْد بطل في بعضه فبطل في كله لما تقدم .

وأما كونها لا تبطل في وجهٍ ؛ فلأن المقتضي للبطلان وجد في البيع فاختص به .

فصل في البيع أثناء النداء

قال المصنف رحمه الله: **(ولا يصح البيع ممن تلزمه الجمعة بعد ندائها، ويصح النكاح وسائر العقود في أصح الوجهين)**.

أما كون البيع ممن تلزمه الجمعة بعد ندائها لا يصح؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿يا أيها الذين ءامنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع﴾ [الجمعة:٩]. أمر بترك البيع، والأمر للوجوب، وإذا وجب تركه لم يصح إذاً لأنه محرم فلم يصح فعله كسائر ما نهي عنه نهي تحريم.

ولأن البيع يشغل عن الصلاة ويكون ذريعة إلى تركها أو فوات بعضها، وكلاهما لا يجوز، والمؤدي إلى ما لا يجوز لا يجوز، وإذا لم يجز لم يصح لما تقدم.

ولأنه عقد نهي عنه لأجل عبادة فكان غير صحيح كالنكاح المحرم.

فإن قيل: ما النداء الذي يحرم به البيع؟

قيل: هو المذكور في باب الجمعة.

وأما كون النكاح وسائر العقود تصح في وجهٍ؛ فلأن ذلك يقل وقوعه فلا يكون إباحته ذريعة إلى ما ذكر في البيع.

وأما كونها لا تصح في وجهٍ؛ فلأنها عقود معاوضات أشبهت البيع.

وأما كون الأول أصح؛ فلأن دليل الثاني قياس، والقياس مع قيام الفارق لا أثر له.

قال: **(ولا يصح بيع العصير لمن يتخذه خمراً، ولا بيع السلاح في الفتنة أو لأهل الحرب. ويحتمل أن يصح مع التحريم)**.

أما كون بيع العصير لمن يتخذه خمراً لا يصح؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ [المائدة:٢] نهى والنهي يقتضي التحريم وعدم الصحة.

وروي عن رسول الله ﷺ «أنه لعن في الخمر عشرة: عاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليه، وشاربها، وبائعها، ومبتاعها، وشاربها، وساقيها. وأشار إلى كل معاون إليها ومساعد فيها»[1].

وروي «أن سعد بن أبي وقاص كان له أرض فيها عنب فأخبر أنه لا يصلح زبيباً ولا يصلح إلا أن يباع لمن يعصره. فأمر بقلعه وقال: بئس الشيخ أنا إن بعت الخمر».

وأما كونه لا يصح في باقي الصور؛ فلأنها في معناها لما فيها من الإعانة على المعصية.

وأما كونه يحتمل أن يصح في الجميع مع التحريم فقياس على الصلاة في الدار المغصوبة على القول بالصحة، وقياس على الصلاة في المواضع السبعة من المقبرة ونحوها على القول بالصحة.

قال: **(ولا يصح بيع عبد مسلم لكافر إلا أن يكون ممن يعتق عليه فيصح في إحدى الروايتين)**.

أما كون بيع العبد المسلم لكافر لا يعتق عليه لا يصح؛ فلأن في ثبوت الملك للكافر على المسلم صغاراً للمسلم.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٩٥) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب النهي أن يتخذ الخمر خلاً.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٣٨١) ٢: ١١٢٢ كتاب الأشربة، باب لعنت الخمر على عشرة أوجه.

ولأن الإسلام يمنع استدامة الملك فمنع ابتداءه كالنكاح.

وأما كون بيعه ممن يعتق عليه يصح في روايةٍ؛ فلأن ملكه لا يستقر عليه.

وأما كونه لا يصح في روايةٍ؛ فلأنه ثبوت ملك الكافر على مسلم فلم يصح كما لو لم يكن ممن يعتق عليه.

وظاهر[1] كلام المصنف رحمه الله أن الأولى أصح لما ذكر.

ولأنه يحصل له بالحرية زوال الملك عنه بالكلية وفي ذلك إضعاف ما حصل من الصغار بملك لحظة.

قال: **(وإن أسلم عبد الذمي أجبر على إزالة ملكه عنه وليس له كتابته، وقال القاضي: له ذلك)**.

أما كون الذمي يجبر على إزالة ملكه عن عبده الذي أسلم؛ فلأن في إبقائه في ملكه صغار للمسلم وقد قال الله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾ [النساء: ١٤١].

وأما كونه ليس له كتابته على المذهب؛ فلأنه إذا لم يكن للكافر شراء من يعتق عليه حذراً من ثبوت ملكه عليه لحظة؛ فلأن لا يكون له كتابته مع ثبوت الملك عليه إلى الأداء بطريق الأولى.

وأما كونه له ذلك على قول القاضي؛ فلأنه سبب لعتقه أشبه إعتاقه له.

قال: **(ولا يجوز بيع الرجل على بيع أخيه. وهو: أن يقول لمن اشترى سلعة بعشرة: أنا أُعطيك مثلها بتسعة، ولا شراءه على شراء أخيه. وهو: أن يقول لمن باعه سلعة بتسعة: عندي فيها عشرة ليفسخ البيع ويعقد معه، فإن فعل فهل يصح البيع؟ على وجهين)**.

---

(١) في هـ: فظاهر.

أما كون بيع الرجل على بيع أخيه لا يجوز ؛ فلأن النبي ﷺ قـال : « لا يَبِـعْ[1] بَعضكُم على بَيعِ بَعض »[2] متفق عليه .

ولأنه يتضمن إضرار المسلم وإفساد بيعه فحرم كشتمه .

وأما كون شراء الرجل على شراء أخيه لا يجوز ؛ فلأنه في معنى مـا نهـي عنـه قبل .

و « لأن النبي ﷺ نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه »[3] وهـو في معنـى الخاطب .

ولأنه يمكن استعمال لفظ الخبر عليه لأن البيع يقع على الشراء ويسـمى البـائع والمشتري بيعين .

وأما تفسير بيع الرجل على بيـع أخيـه وشـراءه علـى شـراء أخيـه فكمـا ذكـر المصنف رحمه الله .

وفي قوله : ليفسخ البيع إشعار بأنه لا بد أن يكون ذلك قبل لـزوم العقـد مثـل أن يكونا في المجلس ، أو يكون في العقد خيار شرط لهما أو للـذي[4] يطلـب الفسـخ ليمكن فعله ويصح إذا فعل .

وأما كون كل واحد من البائع[5] والمشتري المذكورين إذا فعل لا يصـح علـى وجهٍ ؛ فلأنه منهي عنه والنهي يقتضي فساد المنهي عنه .

---

(١) في هـ: بيع.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٤٣) ٢: ٧٥٥ كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يُحفّل الإبل...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٢) ٣: ١١٥٤ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه...

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٣٣) ٢: ٧٥٢ كتاب البيوع، باب لا يبيع على بيع أبيه...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٢) ٣: ١١٥٤ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه...

(٤) في هـ: الذي.

(٥) في هـ: البيع.

وأما كونه يصح على وجهٍ ؛ فلأن النهي لمعنى في غير المبيع أشبه بيع النجس .

قال : **(وفي بيع الحاضر للبادي روايتان :**

إحداهما : يصح ، والأخرى لا يصح بخمسة شروط :

أن يحضر البادي ليبيع سلعته ، بسعر يومها ، جاهلاً بسعرها ، ويقصده الحاضر ، ويكون بالمسلمين حاجة إليها . فإن اختل شرط منها صح البيع . وأما شراؤه له فيصح رواية واحدة) .

أما كون بيع الحاضر للبادي يصح في روايةٍ ؛ فلأن النهي عن ذلك كان في أول الإسلام لما[1] عليهم من الضيق فوجب زواله عند زواله .

وأما كونه لا يصح بالشروط الخمسة المتقدم ذكرها في روايةٍ فـ« لأن النبي ﷺ نهى أن يَبيع حَاضرٌ لِبَادٍ »[2] متفق عليه .

ولأن ما ثبت في حق الصحابة ثبت في حقنا ما لم يقم على اختصاصهم به دليل .

وإنما اشترطت الشروط الخمسة المتقدم ذكرها لأن النهي إنما كان لأجل التوسعة على أهل الحضر فيجب لحظ الشروط المذكورة لأن التوسعة لا تمتنع إلا معها : أما حضوره ليبيع سلعته ؛ فلأنه إذا حضر ليخزنها فقصده الحاضر وأحضه[3] على بيعها كان ذلك توسعة لا منعاً للتوسعة .

وأما بيعها بسعر يومها ؛ فلأنه إذا قصد بيعها بسعر معلوم لا بسعر اليوم كان المنع من البيع من جهته لا من جهة الحاضر .

---

(١) في هـ: إلى.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٥٤) ٢: ٧٩٤ كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢١) ٣: ١١٥٧ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي.

(٣) في و: حضه.

وأما جهله بالسعر ؛ فلأنه إذا عرفه لم يزده الحاضر على ما عنده شيئاً .

وأما قصد الحاضر لـه ؛ فلأنـه إذا طلبه البـادي لم يكـن للحـاضر أثـر في عـدم التوسعة .

وأما حاجة المسلمين ؛ فلأنهم إذا لم يكونوا محتاجين لم يوجد المعنى الذي نهى الشرع لأجله .

وأما كون البيع يصح إذا اختل شرط من الشـروط الخمسـة ؛ فـلأن الموقـوف على شرط يزول عند زواله .

وأما كونه يصح شراؤه له رواية واحدة ؛ فلأن النهـي المذكـور قبـل لا يتنـاول الشراء بلفظه ولا هو في معناه لأن النهي عن البيع للرفق بـأهل الحضـر ليتسـع عليهـم الرزق ويزول عنهم الضرر وليـس ذلـك[1] موجـوداً في الشـراء لهـم إذ لا يتضـررون بعدم الغبن للبادي[2] بل هو دفع للضـرر عنـه والخلـق في نظـر الشـارع علـى السـواء فكما شرع ما يدفع الضرر عن أهل الحضر . فكذلك يشرع ما يدفـع الضـرر عـن البادي ، وإذا لم يكن مشروعاً فلا أقل من أن يكون جائزاً .

قال : **(ومن باع سلعة نسيئة لم يجز أن يشـتريها بـأقل ممـا باعهـا نقـداً إلا أن يكون قد تغيرت صفتها . وإن اشتراه أبوه أو ابنه جاز)** .

أما كون شراء ما باعه بما ذكر مع عدم التغير لا يجوز فـ « لأن أم ولد زيد بـن أرقم قالت لعائشة : إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطـاء . ثـم اشتريته منه بستمائة درهم . فقالت لها : بئس ما شريت وبئـس مـا اشـتريت . أبلغـي زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول ا لله ﷺ إلا أن يتوب »[3] . والظاهر أنها

---

(١) ساقط من هـ .

(٢) في هـ: بعدم البادي.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٢١٢) ٣: ٥٢ كتاب البيوع.

⇦

لا تقول مثل هذا التغليظ وتُقدم عليه إلا بتوقيف سمعته من رسول الله ﷺ فجرى مجرى روايتها ذلك عنه.

ولأن ذلك ذريعة إلى الربا لأنه إنما أدخل السلعة ليستبيح بيع ألف بخمسمائة إلى أجل والذرائع معتبرة في الشرع بدليل منع القاتل إرث المقتول وثبوت الميراث لامرأة المطلّق ثلاثاً في مرض موته.

ولأن الله تعالى عاب على بني إسرائيل التحيل في ارتكاب ما نهوا عنه لأنهم نهوا عن الصيد يوم السبت فكانوا ينصبون الشباك يوم الجمعة فيقع فيها الصيد يوم السبت فيأخذونه يوم الأحد فذمهم الله على ذلك.

وتسمى هذه المسألة مسألة العينة وقد جاء في الحديث: «أن التبايع بها من أشراط الساعة»[1].

وأما كونه يجوز ذلك إذا تغيرت السلعة مثل إن كانت عبداً فمرض أو ثوباً فانقطع أو ما أشبه ذلك؛ فلأن المعنى الموجب للتحريم إنما هو الحيلة في الربا وهذا المعنى مفقود هنا.

وأما كونه يجوز إذا اشترى السلعة أبوه أو ابنه؛ فلأن كل واحد منهما كالأجنبي بالنسبة إلى المشتري.

قال: **(وإن باع ما يجري فيه الربا نسيئة ثم اشترى منه بثمنه قبل قبضه من جنسه أو ما لا يجوز بيعه به نسيئة لم يجز)**.

⇨

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٣٠ كتاب البيوع، باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل.

(١) عن ابن عمر قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم».
أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٦٢) ٣: ٢٧٤ كتاب البيوع، باب: في النهي عن العينة.
وأخرجه أحمد في مسنده (٤٩٨٧) ط إحياء التراث.

أما كون بيع ذلك لا يجوز ؛ فلأنه ذريعة إلى بيع المكيل بـالمكيل نسيئة وذكر الثمن حيلة فحرم كمسألة العينة . وأما ما يجري فيه الربا نسيئة فالمكيل والموزون والمطعوم والأثمان أو المكيل المطعوم والموزون المطعوم على ما فيه من الخلاف في علة الربا فإذا باع غرارة قمح مثلاً بخمسين درهماً إلى أجل فلما جاء الأجل اشترى بالدراهم المذكورة غرارة قمح قبل قبضها أو غرارة شعير فالأولى اشترى من جنس ما باع قبل ثمنه مع كونه يجري فيه الربا نسيئة ، والثانية اشترى ما لا يجوز بيعه نسيئة بثمن ما باع على الصفة المذكورة .

باب الشروط في البيع

الشروط : جمع شرط . والشرط في اللغة : ما يلزم من وجوده وجود المشروط .

وفي الشرع : ما يلزم من عدمه عدمه كالوضوء للصلاة والملك في البيع .

قال المصنف رحمه الله : **(وهي ضربان : صحيح . وهو ثلاثة أنواع :**

أحدها : شرط مقتضى البيع كالتقابض وحلول الثمن ونحوه فلا يؤثر فيه) .

أما كون الشروط في ضربين : صحيحاً وفاسداً ؛ فلأن منها ما يوافق مقتضى العقد ومنها ما ينافيه ، والأول صحيح والثاني فاسد .

وأما كون الصحيح ثلاثة أنواع : فلأنه تارة يكون شرط مقتضى البيع ، وتارة شرطاً من مصلحة العقد ، وتارة شرطاً لنفع .

وأما كون شرط مقتضى البيع لا يؤثر فيه ؛ فلأنه شرط يقتضيه البيع فجرى مجرى التوكيد وذلك لا يؤثر فساداً في المؤكد بل يؤكده ويقويه فكذا ما يجري مجراه .

وأما قول المصنف رحمه الله : كالتقابض وحلول الثمن فتمثيل للشرط الصحيح الذي هو مقتضى البيع .

قال : **(الثاني : شرط من مصلحة العقد ، كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو الرهن والضمين به[1] ، أو صفة في المبيع نحو : كون العبد كاتباً ، أو خصياً ، أو**

(١) في هـ: فيه.

صانعاً، أو مسلماً، أو الأمة بكراً، والدابة هملاجة، والفهد صيوداً، فيصح البيع. فإن وفى به وإلا فلصاحبه الفسخ).

أما كون اشتراط شرط من مصلحة العقد يصح؛ فلأن الرغبات تختلف باختلاف ذلك، والبيع إنما جاز ليحصل لكل واحد من المتعاقدين مقصوده فلو لم يصح اشتراط ما ذكر لم تحصل الحكمة التي شرع البيع لأجلها.

وأما قول المصنف كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو الرهن والضمين فتمثيل لكون الثمن ذا صفةٍ شرطُها من مصلحة العقد.

وأما قوله: أو صفة في المبيع نحو كون العبد كاتباً... إلى آخره فتمثيل لكون المبيع ذا صفة شرطها من مصلحة العقد.

وأما كون الفسخ لمن شرط له إذا لم يف من شرطه له به؛ فلأنه لم يحصل له ما شرط له فكان له الفسخ كما لو ظهر المبيع معيباً.

قال: **(وإن شرطها ثيباً كافرة فبانت بكراً مسلمة فلا فسخ له، ويحتمل أن له الفسخ؛ لأن له فيه قصداً).**

أما كون من شرط ما ذكر وشبهه لا فسخ له على المذهب؛ فلأنه حصل له أكمل مما شرط فلم يملك الفسخ به كما لو شرط كون الغلام كاتباً فظهر كاتباً عالماً.

وأما كونه يحتمل أن له الفسخ فلما ذكره المصنف رحمه الله؛ وذلك أن المشتري قد لا يطيق وطء البكر، وقد يكون غرضه من الذمية كونها لا تغتسل من الجنابة على ما فيه من الخلاف.

فإن قيل: قول المصنف رحمه الله: ثيباً كافرة يلحظ فيه اجتماع الوصف جميعاً؟

قيل: ليس مراده ذلك بل مراده متى شرط الأدنى عادة كالثيوبة والكفر فظهر على خلاف ذلك كالبكارة أو الإسلام. ولذلك قيل في الشرح ما ذكر وشبهه ليدخل في المسألة ما صرح به المصنف رحمه الله وما يشبهه.

قال: **(وإن شرط الطائر مصوتاً أو أنه يجيء من مسافة معلومة صح. وقال القاضي: لا يصح)**.

أما كون شرط ما ذكر يصح على قول غير القاضي؛ فلأن التصويت والمجيء من مسافة معلومة قد يكون فيهما غرض صحيح.

وأما كونه لا يصح على قول القاضي؛ فلأن التصويت والمجيء غير معلومين فلم يصح اشتراطهما كالأجل المجهول.

قال: **(الثالث: أن يشترط البائع نفعاً معلوماً في المبيع كسكنى الدار شهراً وحُمْلان البعير إلى موضع معلوم، أو يشترط المشتري نفع البائع في المبيع كحمل الحطب وتكسيره وخياطة الثوب وتفصيله فيصح. وذكر الخرقي في جز الرطبة إن شرطه على البائع لم يصح فيخرج هاهنا مثله. وإن جمع بين شرطين لم يصح**[1]**)**.

أما كون اشتراط البائع نفعاً معلوماً في المبيع كما مثل المصنف رحمه الله وشبهه يصح؛ فـ «لأن جابراً باع بعيراً لرسول الله ﷺ واستثنى حملانه إلى المدينة»[2] رواه البخاري.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٦٩) ٢: ٩٦٨ كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٧١٥) ٣: ١٢٢١ كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه.

ولأن اشتراط ذلك أكثر ما فيه أنه يتأخر التسليم مدة معلومـة فصـح اشـتراطه كما لو باع أمة مزوجة أو داراً مؤجرة أو شجرة مؤبرة.

وأما كون اشتراط المشتري نفع البائع في المبيـع كمـا مثّلـه المصنـف رحمـه الله وشبهه يصح؛ فلأن كل واحـد مـن العقـد والشـرط يصـح منفـرداً فـإذا جمعـا صـح كالعينين.

و «لأن محمد بـن مسـلمة اشـترى مـن نبطي جُـرْزة حطـب وشـارطه علـى حملها».

وأما كون عدم الصحة هنـا يخـرج علـى قـول الخرقـي لا يصـح اشـتراط جـز الرطبة على البائع؛ فلأن الشرط هنا مثله.

وقـال المصنـف رحمـه الله في المغني: قـول الخرقـي في جـز الرطبـة يحتمـل أن البطلان يختص به[1] لإفضائه إلى التنازع لأن البائع ربما أراد قطعها من أعلاهـا ليبقـى له منها بقية، والمشتري يريد[2] الاسـتقصاء عليهـا لـيزيد لـه مـا يـأخذه. ويحتمـل أن يقاس عليه ما أشبهه من اشتراطه منفعة البائع.

والأول أولى لوجهين:

أحدهما: أنه قال في موضع آخر في البيع: لا يبطله شرط واحد.

والثاني: أن المذهب في غير هذا الموضع أنه يصح اشتراط ذلك.

وأما إذا جمع بين شرطين فظاهر كلام المصنف رحمه الله أن الجمـع بينهمـا لا يصح سواء كانا صحيحين أو فاسدين.

وعن الإمام أحمد في [ذلك][3] روايتان:

---

(١) في هـ: له.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) ساقط من هـ.

أحدهما: أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد.

والثانية: أنهما أن لا يبيع الجارية من أحد وأن لا يطأها وهذان فاسدان.

وقال القاضي في المجرد: ظاهر كلامه أنه متى شرط في العقد شرطين بطلا سواء كانا صحيحين أو فاسدين أخذاً بظاهر قول النبي ﷺ: «لا شرطان في بيع»[1].

قال المصنف رحمه الله في المغني: الذي قاله القاضي صحيح إلا أنه استثنى الشرطين إذا كانا من مقتضى العقد كشرط تسليم المبيع ونقد الثمن. وتصحيح المصنف رحمه الله قول القاضي يدل على إرادة ذلك فيكون هنا قد أراد بكلامه ظاهره. وقد تضمن كلام القاضي الدليل على أنه لا يصح اشتراط شرطين مطلقاً فلا حاجة إلى إعادته.

(١) سيأتي تخريجه ص: ٦٣.

فصل [في الشروط الفاسدة]

قال المصنف رحمه الله: (**الضرب الثاني: فاسد. وهو ثلاثة أنواع:**

أحدها: أن يشترط أحدهما على صاحبه عقداً آخر كسلف أو قرض أو بيع أو إجارة أو صرف الثمن أو غيره فهذا يبطل البيع. ويحتمل أن يبطل الشرط وحده).

أما كون الضرب الثاني: فاسد؛ فلأن الأول صحيح فيكون الثاني فاسداً.

وأما كون الفاسد ثلاثة أنواع؛ فلأنه تارة يكون شرط عقد آخر، وتارة شرط ما نافى مقتضى البيع، وتارة شرط يعلق البيع.

وأما قول المصنف رحمه الله: كسلف... إلى أو غيره فتمثيل لصور عقد آخر.

وأما كون الشرط المذكور يبطل البيع المذكور على المذهب؛ فلأنه بيع منهي عنه لأجل الشرط فأبطله. ضرورة أن النهي عن الشيء يقتضي فساده وبطلانه. بيان كونه منهياً عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع»[1]. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٠٤) ٣: ٢٨٣ كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٤) ٣: ٥٣٥ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦١١) ٧: ٢٨٨ كتاب البيوع، بيع ما ليس عند البائع.

و « نهى عن بيع وشرط »[1] ، و « عن بيعتين في بيعة »[2] . وهذا منه .

ولأن ما ذكر شروط فاسدة فأبطل العقد أحدها كما لو شرط أن لا يسلم المبيع إليه .

وأما كونه يحتمل أن يبطل الشرط وحده ؛ فلأن النبي ﷺ صَحَّحَ بيع بريرة ، وأبطل الشرط الفاسد المشروط في بيعها[3] .

قال المصنف رحمه الله في المغني : المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح وهو ظاهر كلام الخرقي .

فعلى هذا للبائع الرجوع بما نقص من الثمن لأجل الشرط لأنه إنما سمح ببيعه بالثمن المسمى لأجل الشرط فإذا لم يحصل وجب الرجوع بما سمح به .

قال : (الثاني : شرط ما نافى مقتضى البيع نحو أن يشترط أن لا خسارة عليه ، أو متى نفق المبيع وإلا رده ، أو أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق ، أو إن أعتق فالولاء له ، أو يشترط أن يفعل ذلك : فهذا باطل في نفسه . وهل يبطل البيع؟ على روايتين . إلا إذا شرط العتق ففي صحته روايتان :

إحداهما : يصح ويجبر عليه إن أباه . وعنه : فيمن باع جارية وشرط على المشتري إن باعها فهو أحق بها بالثمن أن البيع جائز ، ومعناه والله أعلم أنه جائز مع فساد الشرط .

وإن شرط رهناً فاسداً أو نحوه فهل يبطل؟ على وجهين) .

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط ١ ل ٢٦٤.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٣.

(٣) سيأتي ذكر حديث بريرة وتخريجه في الحديث التالي.

أما كون كل واحد مما ذكر من[1] الشروط غير شرط العتق باطلاً في نفسه ؛ فلأنه شرط ينافي مقتضى العقد .

و « لأن النبي ﷺ قال لعائشة لما أرادت شراء بريرة فاشترط أهلها ولاءها : اشتريها فأعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق . ثم قال : من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط »[2] متفق عليه .

وأما كونه لا يبطل البيع على روايةٍ فلحديث بريرة .

وأما كونه يبطله على روايةٍ ؛ فلأنه إذا بطل الشرط وجب رد ما في مقابلته من الثمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولاً .

وأما كون شرط العتق يصح في المذهب ؛ فلأن عائشة اشترت بريرة لتعتقها فأجازه النبي ﷺ .

فعلى هذا إن أعتقه فلا كلام وإن لم يعتقه أجبر عليه؛ لأن شرط العتق إذا صح تعلق بعينه فأجبر عليه كما لو نذر عتقه .

وأما كونه لا يصح في روايةٍ فلأنه[3] شرط ينافي مقتضى العقد أشبه ما إذا شرط عليه أن لا يبيعه ، أو شرط عليه إزالة ملكه .

وأما قول المصنف رحمه الله : وعنه فيمن باع جارية إلى آخره فمعناه أنه نقل عن الإمام أحمد هذه الرواية وربما توهم منها صحة الشرط لسكوته عن فساده وليس كذلك بل معناه والله أعلم أن البيع جائز مع فساد الشرط .

---

(١) في هـ : مثل.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٧٩) ٢: ٩٧٢ كتاب الشروط، باب الشروط في الولاء.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠٤) ٢: ١١٤١ كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق.

(٣) في هـ : فلا.

وأما كون من شرط رهناً فاسداً ونحوه هل يبطل البيع؟ على وجهين؛ فلأن شرط ذلك كشرط الشرط الفاسد معنى فكذا يجب أن يكون حكماً.

قال: **(الثالث: أن يشترط شرطاً يعلق البيع كقوله: بعتك إن جئتني بكذا أو إن رضي فلان، أو يقول للمرتهن: إن جئتك بحقك في محله وإلا فالرهن لك فلا يصح البيع. إلا بيع العربون وهو: أن يشتري شيئاً ويعطي البائع درهماً ويقول للمشتري: إن أخذته وإلا فالدرهم لك. فقال أحمد: يصح؛ لأن عمر فعله. وعند أبي الخطاب لا يصح)**.

أما كون البيع لا يصح إذا شرط فيه شرطاً يعلقه كما تقدم ذكره ونحوه؛ فلأن مقتضى البيع نقل الملك حال التبايع والشرط هنا يمنعه.

وأما كونه لا يصح إذا قال الراهن للمرتهن: إن جئتك بحقك في محله وإلا فالرهن لك؛ فلأن النبي ﷺ قال: «لا يَغْلَقُ الرهْن»[1] رواه الأثرم.

ومعناه ما ذكر. قاله أبو عبيد في غريبه، وأنشد عليه:

وفارقتك برهن لا فكاك له ... يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

يعني أنها ارتهنت قبله فذهبت به.

وأما كون بيع العربون يصح على قول الإمام أحمد فلما ذكره المصنف رحمه الله من أن عمر فعله وذلك لأنه روي عنه «أنه اشترى داراً للسجن من صفوان فإن رضي عمر وإلا له كذا وكذا[2]»[3].

---

(١) سيأتي تخريجه ص: ٢١٤.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣٤ كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع دور مكة...

وأما كونه لا يصح على قول أبي الخطاب فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيع العربون »[1] رواه ابن ماجة .

ولأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض أشبه ما لو شرطه لأجنبي .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهو أن يشتري شيئاً ويعطي البائع درهماً ويقول : إن أخذته وإلا فالدرهم لك فبيان لمعنى بيع العربون شرعاً .

قال : **(وإن قال : بعتك على أن تنقدني الثمن إلى ثلاث وإلا فلا بيع بيننا فالبيع صحيح نص عليه . وإن باعه وشرط البراءة من كل عيب لم يبرأ . وعنه : يبرأ إلا أن يكون البائع علم العيب فكتمه)** .

أما كون البيع صحيحاً إذا قال : بعتك على أن تنقدني الثمن إلى ثلاث وإلا فلا بيع بيننا ؛ فلأن ذلك يروى عن عثمان .

ولأن اشتراط الخيار في البيع جائز والشرط المذكور في معناه .

ولأنه نوع بيع فجاز أن يفسخ بتأخر القبض كالصرف .

وأما كون البائع لا يبرأ إذا شرط البراءة من كل عيب علم أو لم يعلم على المذهب ؛ فلأنه شرط يرتفق به أحد المتعاقدين فلا يصح كالأجل المجهول والرهن المجهول .

وأما كونه يبرأ مع الجهل ولا يبرأ مع العلم على روايةٍ وهو المعني بقول المصنف رحمه الله : وعنه لا يبرأ إلا أن يكون البائع علم العيب فكتمه فلما روي « أن عبدا لله بن عمر رضي الله عنه باع عبداً من زيد بن ثابت وشرط البراءة بثمانمائة درهم . فأصاب به زيد عيباً . فأراد رده على ابن عمر . فلم يقبله فترافعا إلى عثمان .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٠٢) ٣: ٢٨٣ كتاب البيوع، باب في العُربان.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٩٢) ٢: ٧٣٨ كتاب التجارات، باب بيع العربان.

فقال عثمان لابن عمر: أتحلف أنك لم تعلم بهذا العيب؟ فقال: لا. فرده عليه»[1]. وهذه قضية اشتهرت ولم تنكر فكان إجماعاً.

وروي عن الإمام أحمد أنه يبرأ مع العلم والجهل لأن البراءة من المجهول صحيحة لما روت أم سلمة «أن رجلين اختصما في مواريث درست إلى رسول الله ﷺ. فقال رسول الله ﷺ: استهما وتوخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه»[2].

ولأنه إسقاط حق لا تسليم فيه فصح في المجهول كالعتاق والطلاق وإذا صحت البراءة من المجهول وجب صحة الشرط لأنه إبراء من مجهول.

ولأنه عيب رضي به[3] المشتري فبرئ منه البائع كما لو أطلعه عليه.

---

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٤٧٢٢)؛ ٨: ١٦٣ كتاب البيوع، باب البيع بالبراءة...
وأخرجه مالك في الموطأ (٤) ٢: ٤٧٧ كتاب البيوع، باب العيب في الرقيق.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٢٨ كتاب البيوع، باب بيع البراءة.

(٢) سيأتي تخريجه ص: ٢٧٩.

(٣) ساقط من هـ.

فصل

قال المصنف رحمه الله : **(وإن باعه داراً على أنها عشرة أذرع فبانت أحد عشر فالبيع باطل . وعنه : أنه صحيح والزائد للبائع ولكل واحد منهما الفسخ فإن اتفقا على إمضائه جاز وإن بانت تسعة فهو باطل . وعنه : أنه صحيح والنقص على البائع وللمشتري الخيار بين الفسخ وأخذ المبيع بقسطه من الثمن فإن اتفقا على تعويضه عنه جاز)** .

أما كون البيع باطلاً إذا بان المبيع أزيد أو أنقص على الرواية الأولى ؛ فلأنه لا يمكن إجبار أحد المتبايعين على تسليم الزائد ولا على أخذ البعض لما فيه من ضرر الشركة أو النقصان عن حقه .

وأما كونه صحيحاً على الرواية الثانية ؛ فلأن ذلك نقص على المشتري من جهة الحقيقة أو من جهة المعنى فلا يمنع صحة البيع كالعيب . فعلى القول بالبطلان لا إشكال ، وعلى القول بالصحة يكون الزائد فيما إذا بان زائداً للبائع لأنه لم يبعه ولكل واحد منهما الخيار لأن على كل واحد منهما ضرراً بالشركة .

وقال المصنف في المغني : يخير البائع بين دفع المبيع زائداً وبين دفع قدر المبيع فإن اختار تسليمه زائداً فلا خيار للمشتري لأنه زاده خيراً فيما إذا بان زائداً ويكون النقصان فيما إذا بان ناقصاً على البائع لأنه التزمه بالبيع ولا خيار للبائع لأنه لا ضرر عليه في ذلك وللمشتري الخيار بين الفسخ لنقصه وبين أخذ المبيع بقسطه من الثمن لأن الثمن يقسط على كل جزء من أجزاء المبيع فإذا فات جزء استحق ما قابله من الثمن .

وأما كونه يجوز إمضاء العقد في الزائد مع الاتفاق والتعويض في النقص معه؛ فلأن الحق لهما لا يعدوهما فإذا اتفقا عليه جاز كحالة الابتداء.

باب الخيار في البيع

قال المصنف رحمه الله : **(وهو على سبعة أقسام :**

أحدها : خيار المجلس . ويثبت في البيع ، والصلح بمعناه ، والإجارة) .

أما كون الخيار على سبعة أقسام ؛ فلأنه تارة يكون خيار المجلس ، وتارة خيـار الشرط ، وتارة خيار الغبن ، وتارة خيار التدليس ، وتارة خيار العيب ، وتـارة في بيع التولية والشركة والمرابحة والمواضعة ، وتارة لاختلاف المتبايعين .

وأما كون أحدها خيار المجلس فظاهر .

وأما كون خيار المجلس يثبت في البيع فلما روى ابن عمر عن رسول الله ﷺ قال : «إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً ، أو يخـير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع »[1] متفق عليه .

وقال عليه السلام : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا »[2] رواه الأئمة كلهم .

وأما كونه يثبت في الصلح بمعنـى البيع كمـن يقـر لإنسـان بعـين أو ديـن ثـم يصالحه على ذلك بعوض ؛ فلأنه بيع فيدخل تحت ما تقدم . وإن صـولح علـى ذلـك بذهب أو فضة فحكم الصلح حكم الصرف وسيأتي ذكره .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٠٦) ٢: ٧٤٤ كتـاب البيوع، بـاب إذا خير أحدهمـا صاحبـه بعـد البيـع فقـد وجب البيع.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣١) ٣: ١١٦٣ كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٧٦) ٢: ٧٣٣ كتاب البيوع، باب ما يمحق الكذب والكتمان في البيع.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣١) ٣: ١١٦٣ كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين. كلاهمـا مـن حديث حكيم بن حزام.

وأما كونه يثبت في الإجارة؛ فلأنها بيع المنافع فيدخل في الحديث المتقدم ذكره.

قال: **(ويثبت في الصرف والسلم. وعنه: لا يثبت فيهما)**.

أما كون خيار المجلس يثبت في الصرف والسلم على المذهب؛ فلأن ذلك بيع في الحقيقة فيدخل في قوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»[1].

ولأنه شرع نظراً لهما في الأحظ وهذا موجود في الصرف والسلم.

وأما كونه لا يثبت فيهما على روايةٍ؛ فلأن ذلك عقد لا يدخله خيار الشرط فلا يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح. وإنما لم يدخله خيار الشرط لأنه عقد يفتقر إلى التقابض في الحال ويقتضي عدم العلقة بينهما وثبوت الخيار بعد التفرق يمنع لزوم القبض ويثبت العلقة بينهما.

قال: **(ولا يثبت في سائر العقود إلا في المساقاة والحوالة والسبق في أحد الوجهين)**.

أما كون خيار المجلس لا يثبت في سائر العقود غير العقود المستثناة كالنكاح والخلع والقرض والكتابة والتدبير والعتق والوقف والرهن والضمان والكفالة والشركة والمضاربة والجُعالة والوكالة والوديعة والعارية والوصية والهبة الخالية عن العوض والشفعة والقسمة إن قيل هي إفراز والإقالة إن قيل هي فسخ.

أما في النكاح؛ فلأنه لا يقصد منه العوض.

ولأن الخيار في البيع إنما ثبت استدراكاً للغبن؛ لأنه يقع فجأة عن غير تَرَوٍّ وهذا المعنى لا يوجد في النكاح؛ لأن الغالب أنه لا يوجد إلا بعد تَرَوٍّ وبحث.

وأما في الخلع؛ فلأنه يقصد منه التفرق أشبه الطلاق.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٧١.

وأما في القرض والتدبير والكتابة والعتق والوقف والضمان والكفالة والهبة الخالية عن العوض؛ فلأن فاعل ذلك دخل فيه على أن الحظ لغيره.

وأما في الرهن؛ فلأنه يضر بالمرتهن لبقاء حقه بلا رهن بتقدير وقوع الخيار.

وأما في الشركة والمضاربة والجُعالة والوكالة والوديعة والعارية والوصية؛ فلأنها عقود جائزة متى شاء أحدهما فسخ فلا حاجة إلى خيار المجلس.

وأما في الشفعة؛ فلأنها شرعت لإزالة الضرر فلا يشرع فيها خيار لأنه يناقضه.

وأما في القسمة إذا قيل هي إفراز؛ فلأنه يجبر عليها ولا خيار في عقود الإجبار[1].

وأما في الإقالة إذا قيل هي فسخ؛ فلأن الخيار يثبت استدراكاً للضرر الحاصل بالعقد، والإقالة فسخ فلم يدخله الخيار المذكور لعدم صلاحية المحل له.

وأما كونه يثبت في العقود المستثناة وهي المساقاة والحوالة والسبق في وجه: أما في المساقاة؛ فلأنها في معنى الإجارة في وجه.

وأما في الحوالة؛ فلأنها بيع في الحقيقة.

وأما في السبق فلما ذكر في المساقاة.

وأما كونه لا يثبت في شيء من ذلك في وجهٍ: أما في المساقاة؛ فلأنها عقد يكثر فيه الغرر لما فيه من الجهالة.

ولأنها لا يثبت فيها خيار الشرط فكذا خيار المجلس.

وأما في الحوالة؛ فلأنها إسقاط وإبراء.

---

(1) في هـ: الإجازة.

وأما في السبق؛ فلأنه كالجُعالَة في وجهٍ، والجُعالة لا خيار فيها لكونها من العقود الجائزة فكذا ما هو في معناها[1].

قال: **(ولكل واحد من المتبايعين الخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما إلا أن يتبايعا على أن لا خيار بينهما أو يسقطا الخيار بعده فيسقط في إحدى الروايتين، وإن أسقطه أحدهما بقي خيار صاحبه)**.

أما كون كل واحد من المتبايعين له الخيار ما لم يتفرقا إذا لم يتبايعا على أن لا خيار بينهما وإذا لم يسقطاه بعده فلما تقدم من قوله: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»[2].

وأما كون التفرق بالأبدان لا بالأقوال؛ فلأن قبل التفرق بالأقوال لم يلزم العقد بل لم يوجد فلا حاجة إلى خيار.

ولأن في بعض ألفاظ الحديث: «وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع»[3].

ولأن ابن عمر راوي الحديث وكان يفسر الفرقة بفعله[4].

وأما كون الخيار يسقط إذا تبايعا بشرط أن لاخيار، أو أسقطاه بعد البيع في روايةٍ اختارها الشريف بن أبي موسى؛ فلأن النبي ﷺ قال: «فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع»[5].

---

(١) في هـ: معناه.

(٢) سبق تخريجه ص: ٧١.

(٣) هو تكملة لحديث ابن عمر، وقد سبق تخريجه ص: ٧١.

(٤) أخرجه الترمذي في جامعه عن ابن عمر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يختارا. قال: فكان ابن عمر إذا ابتاعَ بَيعاً وهو قاعدٌ قامَ ليجبَ له البيع». (١٢٤٥) ٣: ٥٤٧ كتاب البيوع، باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا. قال الترمذي: حديث ابن عمر حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم.

(٥) سبق تخريجه ص: ٧١، من حديث ابن عمر.

وقال عليه السلام: «البيعانِ بالخيارِ ما لم يَتفرقا، أو يقولُ أحدهما لصاحبه: اختَرْ»[1] رواه البخاري.

وأما كونه لا يسقط فيهما في روايـةٍ؛ فـلأن أكثر الروايـات عـن النبي ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»[2]. والزيادة على ذلك مذكورة في حديث ابـن عمـر، وقول الأكثر ذوي الضبط مقدم على رواية المنفرد.

قال المصنف رحمه الله في المغني: والأول أولى لما تقدم.

ولأنه عليه السلام قال: «إلا أن يكونَ البيعُ كانَ عن خِيارٍ فإن كان البيعُ عن خيارٍ فقد وَجَبَ البيْع»[3] متفق عليه.

ولأن الأخذ بما تضمنته الزيادة أولى.

ولأن الأصل أن لا يثبت خيار. خولف مع عدم الشرط والإسقاط للحديـث الخالي عن المعارض فيبقى فيما وقع فيه التعارض على الأصل.

وأما كون خيار صاحب من أسقط خيـاره يبقـى؛ فلأنـه خيـار في المبيـع فلـم يبطل حق من لم يُسقطه كخيار الشرط.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٠٣) ٢: ٧٤٣ كتاب البيوع، باب إذا لم يوقّت في الخيار هل يجوز البيع.

(٢) سبق تخريجه ص: ٧١.

(٣) هذا اللفظ أخرجه النسائي في سننه (٤٤٦٧) ٧: ٢٤٨ كـتـاب البيـوع، وجوب الخيـار للمتبـايعين قبـل افتراقهمـا. وأصله عند الشيخين، وقد سبق تخريجه ص: ٧١.

فصل [في خيار الشرط]

قال المصنف رحمه الله: **(الثاني: خيار الشرط. وهو: أن يشترطا في العقد خيار مدة معلومة فيثبت فيها وإن طالت)**.

أما كون الثاني خيار الشرط فظاهر.

وأما قول المصنف رحمه الله: وهو أن يشترطا في العقد خيار مدة معلومة فبيان لمعنى خيار الشرط.

وأما كون خيار الشرط يثبت في المدة المذكورة فلقوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»[1].

وأما كون ذلك يثبت في المدة إذا طالت؛ فلأنه حق مقدر يعتمد الشرط فرجع في تقديره إلى من شَرَطَه كالأجل، أو نقول: مدة ملحقة بالعقد فكانت إلى تقدير المتعاقدين كالأجل.

ويبطل هذا الشرط بالتخاير كخيار المجلس.

قال: **(ولا يجوز مجهولاً في ظاهر المذهب. وعنه: يجوز، وهما على خيارهما إلى أن يقطعاه أو تنتهي مدته)**.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤) ٣: ٣٠٤ كتاب الأقضية، باب في الصلح. عن أبي هريرة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٢) ٣: ٦٣٤ كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس. عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده. ولفظهما: «المسلمون على شروطهم».
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

أما كون خيار الشرط لا يجوز أن يكون مجهولاً ؛ مثل : أن يشترط الخيار متى شاء، أو إلى قدوم زيد، أو إلى الأبد، أو ما أشبه ذلك في ظاهر المذهب ؛ فلأنها مدة ملحقة بالعقد فلا تجوز مع الجهالة كالأجل .

ولأن الخيار إلى الأبد يقتضي المنع من التصرف في المبيع على الأبد وذلك ينافي مقتضى العقد .

وأما كونه يجوز على روايةٍ فلقوله عليه السلام : « المؤمنون على شروطهم »[1] .

فعلى هذا هما على خيارهما إلى أن يقطعاه أو تنتهي مدته إن كانت معلقة بما تنتهي به .

والأولى أولى . اختارها القاضي وابن عقيل .

قال : **(ولا يثبت إلا في البيع ، والصلحِ بمعناه ، والإجارة في الذمة ، أو على مدة لا تلي العقد)** .

أما كون خيار الشرط لا يثبت في غير الصور[2] المستثناة ؛ فلأنه لا نص في ذلك ولا هو في معنى المنصوص وذلك ينفي الثبوت لا سيما إذا كان الأصل يعضده .

وأما كونه يثبت في البيع والصلح بمعنى البيع فما تقدم في خيار المجلس .

وأما الإجارة فهي على ضربين :

أحدهما : إجارة في الذمة ؛ مثل أن يقول : استأجرتك لتخيط هذا الثوب ونحوه . فهذا يثبت فيه خيار الشرط لأنه استدراك للغبن فوجب ثبوته في ذلك كخيار المجلس .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٧٦.

(٢) في هـ : الصورة.

والضرب الثاني: أن لا تكون في الذمة كإجارة الدار ونحوها: وذلك تارة لا تلي العقد؛ كإجارة سنة خمس وهو في أربع فهذا أيضاً يثبت فيه خيار الشرط لما تقدم في الإجارة في الذمة، وتارة تلي العقد فهذا لا يثبت فيه خيار الشرط لأنه يفضي إلى فوات بعض المنافع المعقود عليها أو إلى استيفائها في مدة الخيار وكلاهما لا يجوز.

ولم يفصل المصنف رحمه الله هذا التفصيل في الإجارة في خيار المجلس لأنه لا يلزم فيها ما ذكر هاهنا لقصره غالباً.

قال: **(وإن شرطاه إلى الغد لم يدخل في المدة. وعنه: يدخل)**.

أما كون الغد فيما ذكر لا يدخل على المذهب؛ فلأن إلى لانتهاء الغاية فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها لأن حكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها يؤيده قوله تعالى: ﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾ [البقرة:١٨٧] لا يدخل الليل في الصيام، وقول الرجل لزوجته: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث لا تدخل الثالثة، وقول المقر: له عندي من درهم إلى عشرة لا يدخل الدرهم العاشر.

وأما كونه يدخل في ذلك على روايةٍ؛ فلأن إلى قد تكون بمعنى مع كقوله تعالى: ﴿وأيديكم إلى المرافق﴾ [المائدة:٦] و ﴿من أنصاري إلى الله﴾ [آل عمران:٥٢].

ولأن الخيار ثابت بيقين فلا نزيله بالشك.

والأول أصح؛ لأن إلى لانتهاء الغاية وإنما تحمل على معنى مع لدليل أو لتعذر حملها على موضوعها الأصلي.

ولأن الأصل لزوم العقد وإنما خولف فيما اقتضاه الشرط فيثبت فيما يتيقن منه، وما شك فيه يرجع فيه إلى الأصل.

قال: **(وإن شرطاه مدة فابتداؤها من حين العقد، ويحتمل أن يكون من حين التفرق)**.

أما كون ابتداء المدة المشروطة من حين العقد على المذهب؛ فلأن الخيار مدة ملحقة من حين العقد فكان ابتداؤها من حين العقد كالأجل.

وأما كونه يحتمل أن يكون من حين التفرق؛ فلأن الخيار ثابت في المجلس حكماً فلا معنى لإثباته بالشرط.

ولأن حالة المجلس كحالة العقد لأن لهما فيه الزيادة والنقصان.

والأول أصح. قاله المصنف في المغني لما ذكر.

ولأن الاشتراط سبب ثبوت الخيار فوجب أن يتعقبه حكمه كالملك في المبيع.

ولأن المدة لو جعلت من التفرق لأدى إلى جهالتها لأنه لا يعلم متى ابتداؤها فلا يعلم انتهاؤها. وثبوت الحكم لسببين لا يمتنع كالوطء يَحْرم بالصيام والإحرام.

قال: **(وإن شرط الخيار لغيره جاز وكان توكيلاً له فيه، وإن شرطا الخيار لأحدهما دون صاحبه جاز)**.

أما كون شرط الخيار للغير يجوز ويكون توكيلاً له؛ فلأن تصحيح الاشتراط على الوجه المذكور ممكن فوجب حمله عليه صيانة لكلام المكلف عن اللغو. وصار هذا بمنزلة ما لو قال لغيره: اعتق عبدك عني فإنه يقدر الملك قبل العتق تصحيحاً لكلامه. فكذلك هاهنا.

وأما كون شرط الخيار لأحد المتبايعين دون صاحبه يجوز؛ فلأنه إذا جاز اشتراطه لهما؛ فلأن يجوز اشتراطه لأحدهما بطريق الأولى.

قال: **(ولمن له الخيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه، وإن مضت المدة ولم يفسخا بطل خيارهما)**.

أما كون من له الخيار له الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه ؛ فلأنه عقد جعل إلى اختياره[1] فجاز مع غيبة صاحبه وسخطه كالطلاق .

وأما كون خيارهما يبطل إذا مضت المدة و لم يفسخا ؛ فلأنها مدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالأجل .

ولأن حكم بقاء الخيار يفضي إلى بقائه أكثر من المدة التي اشترطاها ، وهو إنما ثبت بالشرط فلا يجوز أن يثبت في غير مدته .

ولأن البيع سبب للزوم وإنما تخلف موجبه بالخيار فإذا انقضت مدته لزم العقد بموجبه لزوال المعارض .

وفي قول المصنف رحمه الله : و لم يفسخا نظر لأنه إذا فسخ أحدهما يصدق أنهما ما فسخا ، وفي هذه الصورة لا يبطل الخيار . وقد احترز عن هذا في المغني فقال : و لم يفسخ أحدهما بطل الخيار ، وليس مراد المصنف إلا هذا وإنما لم يحترز عن هذا اعتماداً على ظهور المعنى .

قال : **(وينتقل الملك إلى المشتري بنفس العقد في أظهر الروايتين ، فما حصل من كسب أو نماء منفصل فهو له أمضيا العقد أو فسخاه)** .

أما كون الملك ينتقل إلى المشتري بنفس العقد في أظهر الروايتين فلقوله ﷺ : « من بَاع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يَشترِطه المبتَاع »[2] رواه البخاري .

وجه الحجة أنه جعل المال للمبتاع إذا اشترطه وهو عام في كل بيع فيدخل فيه بيع الخيار .

---

(١) في هـ: اختيار.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٥٠) ٢: ٨٣٨ كتاب المساقاة ، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط... وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤٣) ٣: ١١٧٣ كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر. كلاهما من حديث ابن عمر .

وأما كونه لا ينتقل إلا بانقضـاء الخيـار في روايـةٍ ؛ فلأنـه عقـد قـاصر لا يفيـد التصرف ولا يلزم فلا ينتقل الملك فيه كالهبة قبل القبض .

والأولى أولى لما ذكر .

ولأنه بيع صحيح فنقل الملك عقيبه كما لو لم يشترط الخيار .

ولأن البيع تمليك بدليل أنه يصح بقوله : ملكتـك فيثبـت بـه الملـك كـالمطلق . ودعوى القصور فيه ممنوعة ، وامتناع التصرف لأجل حق الغير لا يمنـع ثبـوت الملـك كالمرهون والمبيع قبل القبض ، وعدم الـلزوم لا يوجـب قصـوراً ولا يمنـع نقـل الملـك بدليل بيع المعيب .

وأما كون ما حصل من كسب أو نماء منفصـل للمشـتري مـع إمضـاء العقـد ومع فسخه ؛ فلأنه نماء ملكه الداخل في ضمانه .

ولأنه من ضمانه فيدخل في قوله عليه السلام : « الخـراج بالضمـان »[1] . قـال الترمذي : هو صحيح .

وفي قـول المصنـف رحمـه الله : أو نمـاء منفصـل احـتراز عـن النمـاء المتصـل كالسمن ونحوه فإن ذلك يتبع العين مع الفسخ لتعذر انفصاله . ولا بـد أن يُلحـظ في كون النماء المنفصل للمشتري أنه مبني على القول بأن الملك ينتقل بنفـس العقـد لأن على روايةِ الانتقال بانقضاء مدة الخيار يكون جميع ذلك للبائع لما ذكر .

قال : **(وليس لواحد منهما التصرف في المبيع في مدة الخيار إلا بما يحصل بـه تجربة المبيع ، وإن تصرفا ببيع أو هبة ونحوهما لم ينفـذ تصرفهمـا ويكـون تصـرف**

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٠) ٣: ٢٨٤ كتاب الاجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٨٦) ٣: ٥٨٢ كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٩٠) ٧: ٢٥٤ كتاب البيوع، الخراج بالضمان.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٤٣) ٢: ٧٥٤ كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان.

البائع فسخاً للبيع، وتصرف المشتري إسقاطاً لخياره في أحد الوجهين، وفي الآخر البيع والخيار بحالهما).

أما كون كل واحد من البائع والمشتري ليس له التصرف في المبيع في مدة الخيار على غير وجه التجربة؛ فلأنه ليس بملك للبائع فيتصرف فيه ولا انقطعت عنه علقه فيتصرف فيه المشتري.

وأما[1] كونهما إذا تصرفا ببيع أو هبة ونحوهما مما ينقل الملك ويثبت الشغل في المعقود كالإجارة والرهن والكتابة لا ينفذ تصرفهما؛ فلأنه تصرف لم يصادف محله لأن البائع لا يملكه والمشتري يفضي تصرفه إلى إسقاط حق البائع من الخيار واسترجاع المبيع.

وأما كون تصرف البائع فسخاً للمبيع وتصرف المشتري إسقاطاً لخياره في وجهٍ؛ فلأن ذلك يحصل بالتصريح فحصل بالدلالة عليه كالمعتَقة فإن خيارها يسقط بتمكينها زوجها من وطئها.

وأما كون تصرف البائع لا يكون فسخاً في وجهٍ؛ فلأن الملك انتقل عن البائع فلم يكن تصرفه فيه فسخاً واسترجاعاً كمن وجد عين ماله عند مفلس.

وأما كون تصرف المشتري لا يكون إسقاطاً لخياره في وجهٍ؛ فلأن التصرف غير صحيح فوجوده كعدمه.

وأما كون المشتري له التصرف بما يحصل به تجربة المبيع مثل[2]: أن يركب الدابة لينظر سيرها، ويطحن على الرحى ليختبرها؛ فلأن الخيار إنما شرطه ليستعلم به المبيع وذلك طريق إليه فلو لم يجز لما أمكنه تحصيل ما شرط الخيار من أجله.

---

(١) في هـ: أما.

(٢) في و: به التجربة مثل.

قال: **(وإن استخدم المبيع لم يبطل خيـاره في أصـح الوجهـين، وكذلـك إن قبلته الجارية. ويحتمل أن يبطل إن لم يمنعها)**.

أما كون الخيار باستخدام المبيع لا يبطل في أصح الوجهـين؛ فـلأن الخدمـة لا تختص بالملك فلم يبطل الخيار كالنظر.

وأما كونه يبطل في وجهٍ؛ فلأن الخدمة إحدى المنفعتين فأبطلت الخيار كما[1] لو وطئ.

ولأنه نوع تصرف أشبه ركوب الدابة.

وأما كون تقبيل الجارية المشتري لا يبطل خياره به على المذهب؛ فـلأن الحق له ولم يوجد منه ما يدل على إبطاله فوجب أن لا يبطل.

وأما كونه يحتمل أن يبطل إذا لم يمنعها؛ فلأن سكوته استمتاع بها ودليل على رضاه بدليل ما لو عتقت المرأة تحت عبد فوطئها وهي ساكتة.

ولا بد أن يقيد الخلاف المذكور بالشهوة لأنـه إذا كـان لغير شـهوة لا يبطـل بغير خلاف لأن التقبيل لغير شهوة ليس باستمتاع بوجه.

قال: **(وإن أعتقه المشتري نفـذ عتقـه وبطـل خيارهمـا، وكذلـك إن تلـف المبيع. وعنه: لا يبطل خيار البائع وله الفسخ والرجوع بالقيمة)**.

أما كون إعتاق المشتري العبد المبيع بشرط الخيار ينفذ؛ فلأنه عتـق مـن مـالك جائز التصرف تام الملك فنفذ كما بعد مدة الخيار. وقول النبي ﷺ: «لا عتق فيمـا لا يملك ابن آدم»[2] يدل بمفهومه على نفوذه في الملك.

---

(١) في هـ: فعطلت الخيار به كما.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٩٠) ٢: ٢٥٨ كتاب الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح. بلفـظ: «لا طـلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك ...».

وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٨١) ٣: ٤٨٦ كتاب الطلاق، باب ما جاء لا طلاق قبل النكـاح. بلفـظ: «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك ...».

ولأن ملك البائع الفسخ لا يمنع صحة العتق كما لو باع عبداً بجارية معينة فأعتقه المشتري فإنه ينفذ مع ملك البائع الفسخ، وكما لو وهب الأب لابنه عبداً فأعتقه الابن فإنه ينفذ عتقه مع ملك الأب الفسخ.

وأما كون خيار المشتري يبطل فلتصرفه بالعتق الموجب للزوم.

وأما كون خيار البائع يبطل على المذهب فلتعذر الرجوع.

وأما كونه لا يبطل على روايةٍ؛ فلأنه لم يوجد ما يدل على بطلانه، وتعذر الرجوع في العين لا يمنع الفسخ لأنه قد يكون في الفسخ مصلحة مثل: أن يكون قد باعه بأقل من ثمن مثله فإذا فسخ ملك الرجوع في قيمته.

وأما كونه له الفسخ على هذه الرواية؛ فلأن خياره لم يبطل.

وأما كونه إذا فسخ له الرجوع بقيمة المبيع لأنها بدل ما لا مثل له.

وأما كون تلف المبيع كعتق العبد في بطلان الخيار؛ فلأنه يساويه معنى فكذا يجب أن يساويه حكماً.

قال: (**وحكم الوقف حكم البيع في أحد الوجهين، وفي الآخر: حكمه حكم العتق**).

أما كون حكم وقف المشتري المبيع في وجهٍ حكم بيعه. ومعناه أنه لا ينفذ؛ فلأنه يتضمن بطلان حق غيره أشبه وقف المرهون.

وأما كون حكمه في وجهٍ حكم عتقه. ومعناه أنه ينفذ؛ فلأنه تصرف يبطل الشفعة فنفذ كالعتق.

والأول أصح قاله المصنف في المغني لما ذكر. وفارق العتق لتأكده بدليل أنه يسري إلى ملك الغير، ويبنى على التغليب، ويصح في الرهن بخلاف الوقف.

قال: **(وإن وطئ المشتري الجارية فأحبلها صارت أم ولده وولده حر ثابت النسب، وإن وطئها البائع فكذلك إن قلنا البيع ينفسخ بوطئه، وإن قلنا لا ينفسخ فعليه المهر وولده رقيق إلا إذا قلنا الملك له، ولا حد فيه على كل حال.**

وقال أصحابنا: عليه الحد إذا علم زوال ملكه وأن البيع لا ينفسخ بالوطء. وهو المنصوص).

أما كون الجارية تصير أم ولد المشتري بإحباله؛ فلأنه إحبال صادف محله فوجب أن تصير الموطوءة أم ولد كما لو أحبلها بعد انقضاء الخيار.

وأما كون ولده حر ثابت النسب؛ فلأنه من وطء في مملوكة له.

وأما كون البائع إذا وطئ الجارية وقيل البيع ينفسخ بوطئه كالمشتري في صيرورة الجارية أم ولد وكون الولد حر ثابت النسب؛ فلأن البيع إذا انفسخ بالوطء صادف إحبال البائع ملكه والإحبال في الملك يوجب ذلك.

وأما كون المهر عليه وكون ولده رقيقاً إذا قيل وطء البائع لا يوجب الفسخ وقيل الملك للمشتري زمن الخيار؛ فلأنه وطء في ملك الغير.

وأما كونه لا مهر عليه وكون ولده حراً إذا قيل الملك باق للبائع؛ فلأنه وطء في ملك.

وأما الحد فالمنصوص عن أحمد أنه إن كان عالماً بالتحريم فعليه الحد. وهذا يستدعي كون الملك لغيره، وأن[1] البيع لا ينفسخ بالتصرف.

والحجة في وجوبه[2] أنه وطء لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك.

وقال ابن عقيل: لا حد عليه بحال. وهو اختيار المصنف.

---

(١) في هـ: ولأن.

(٢) في هـ: والحجة لوجوبه.

وقال في المغني: وهو الصحيح لأنه وطئه إما أن يصادف ملكاً أو شبهه لأن العلماء اختلفوا في ثبوت ملكه وإباحة وطئه وذلك شبهة.

قال: **(ومن مات منهما بطل خياره ولم يورث. ويتخرج: أن يورث كالأجل)**.

أما كون من مات من البائع والمشتري يبطل خياره و لم يورث على المذهب؛ فلأنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه فبطل و لم يورث كخيار الرجوع في الهبة.

وأما كونه يتخرج أن يورث فلقوله عليه السلام: «من ترك حقاً فلورثته»[1]، وقياساً على الأجل في الثمن، وعلى خيار الوصية.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «من ترك مالاً فلورثته». (٢٢٦٨) ٢: ٨٤٥ كتاب الاستقراض، باب الصلاة على من ترك ديناً.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٩) ٣: ١٢٣٧ كتاب الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته. مثله.

فصل [في خيار الغبن]

قال المصنف رحمه الله : **(الثالث : خيار الغبن . ويثبت في ثلاث صور :**

إحداها : إذا تلقى الركبان فاشترى منهم وباع لهم فلهـم الخيـار إذا هبطـوا السوق وعلموا أنهم قد غبنوا غبناً يخرج عن العادة) .

أما كون الثالث خيار الغبن ؛ فلأنه يلي الثاني .

وأما كون الركبان لهم الخيار إذا تُلُقّوا واشتريَ منهم أو بيع لهـم فغبنـوا ؛ فلمـا روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا تَلَقّوا الجلب فمن تلقـاه فاشـتريَ منـه فإذا أتى السوق فهو بالخيار »[1] رواه مسلم .

وثبوت الخيار مشعر بأن البيع من الركبان والشـراء لهـم صحيـح . وفي صحـة ذلك روايتان :

إحداهما : أنه صحيح لأن النهـي لا لمعنـى في البيـع بـل يعـود إلى ضـرب مـن الخديعة يمكن استدراكه بالخيار أشبه بيع المصرّاة .

والرواية الثانية : أنه باطل لأنه منهي عنه أشبه بيع الحاضر للبادي .

والأولى أصح لما تقدم .

والفـرق بـين مـا ذكـر وبـين بيـع الحـاضر للبـادي أن بيـع الحـاضر لا يمكـن استدراكه بالخيار لأن الضرر ليس عليه إنما هو على المسلمين بخـلاف تلقـي الركبـان

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٩) ٣: ١١٥٧ كتاب البيوع، باب تحريم تلقي الجلب.

فإن الضرر عليهم، واستدراك ذلك حاصل بثبوت الخيار لهم فلا حاجة إلى إبطال البيع والشراء.

وأما ما يشترط لثبوت الخيار فأمران:

أحدهما: الغبن؛ لأنه إنما ثبت للخديعة ودفع الضرر عن البائع ولا ضرر مع عدم الغبن.

فإن قيل: الحديث مطلق؟

قيل: يجب حمله على ذلك للعلم بمعناه.

فإن قيل: لم قلت إن الحديث معناه ذلك؟

قيل: لأن النبي ﷺ لما جعل لهم الخيار إذا هبطوا السوق فُهم منه إرادة الغبن لأنه لولا ذلك لجعل لهم الخيار من حين البيع.

والثاني: تقدير الغبن بما يخرج عن العادة لأن الشرع لم يرد بتحديد ذلك فرجع فيه إلى ذلك كالحِرْز.

وقال أبو بكر في تنبيهه وابن أبي موسى في إرشاده: ذلك مقدر بالثلث لأن الثلث كثير بدليل قوله عليه السلام: «والثلث كثير»[1].

وقيل: هو مقدر بالسدس لأن الخيار لو ثبت بأقل من ذلك لأدى إلى بطلان كثير من العقود.

قال: **(والثانية في النجش وهو: أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ليَغُر المشتري فله الخيار إذا غبن)**.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤١٤٧) ٤: ١٦٠٠ كتاب المغازي، باب حجة الوداع.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٨) ٣: ١٢٥٢ كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث.

أما قول المصنف وهو أن يزيد في السلعة . . . إلى المشتري فبيان لمعنى النجش . وزاد فيه غيره[1] : أن يكون الذي زاد معروفاً بالحِذْق . ولا بد منه لأن التغرير لا يحصل للمشتري إلا بذلك . ويحتمل أن المصنف رحمه الله إنما ترك ذلك هنا لأن قوله ليغر المشتري مشعر به .

وأما كون المشتري يثبت له الخيار إذا غبن في البيع المذكور ؛ فلأنه مغبون فوجب أن يثبت له الخيار كالركبان إذا تُلُقّوا فاشتريَ منهم وغبنوا .

وثبوت الخيار مشعر بصحة البيع . وفيه أيضا روايتان :

إحداهما : أنه صحيح ؛ لأنه ثبت فيه الخيار بالقياس على الركبان . فكذلك الصحة .

وثانيهما : أنه باطل ؛ لما روى ابن عمر « أن رسول الله ﷺ نهى عن النّجْش »[2] .

وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا تَنَاجَشُوا »[3] متفق عليهما .

ولأن في ذلك تغريراً بالمشتري وخديعة له فدخل في المنهي عنه لقول النبي ﷺ : « الخديعة في النار »[4] . وإذا كان منهياً عنه كان البيع باطلاً؛ لأن النهي يقتضي الفساد والبطلان .

---

(١) في هـ : غير.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٣٥) ٢: ٧٥٣ كتاب البيوع، باب النجش ، ومن قال: لا يجوز ذلك البيع.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٦) ٣: ١١٥٦ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه...

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٧١٩) ٥: ٢٢٥٣ كتاب الأدب، باب ﴿يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن ...﴾.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٣) ٢: ١٠٣٣ كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه...

(٤) ذكره البخاري تعليقاً في صحيحه ٢: ٧٥٣ كتاب البيوع، باب النجش ، ومن قال: لا يجوز ذلك البيع.

والأول أصح؛ لأن النهي عائد إلى الناجش لا إلى العاقد فلم يؤثر في صحة البيع.

فإن قيل: لم يُقيِّد المصنف رحمه الله الغبن في هذه المسألة بما يخرج عن العادة؟

قيل: قيده في المغني. وإنما تركه هنا؛ لأنه نبّه على ذكره في المسألة قبلها.

قال: (**الثالثة: المسترسل إذا غبن الغبن المذكور.**

وعنه: أن النجش وتلقي الركبان باطلان).

أما كون المسترسل يثبت له الخيار إذا غبن بما تقدم ذكره في الصورتين المتقدم ذكرهما؛ فلأنه غبن حصل بجهله بالمبيع فأثبت الخيار كالغبن في تلقي الركبان.

فإن قيل: ما المراد بالمسترسل المذكور؟

قيل[1]: الذي لا معرفة له بقيم السلع والأسعار، ولا يحصل له المعرفة بذلك بالتثبت. فلو كان عالماً بالغبن أو جاهلاً لكن لو توقف لعَرَف فغبن فلا خيار له:

أما العالم؛ فلأنه رضي بالغبن.

وأما المستعجل؛ فلأن الغبن حصل بتفريطه وتركه التثبت فكان كالراضي بالغبن.

وأما كون بيع النجش وتلقي الركبان باطلين على روايةٍ فلما تقدم ذكره في الصورة الأولة والثانية.

---

(١) ساقط من هـ.

فصل [في خيار التدليس]

قال المصنف رحمه الله: **(الرابع: خيار التدليس بما يزيد به الثمن؛ كتصرية اللبن في الضرع، وتحمير وجه الجارية، وتسويد شعرها، وتجعيده، وجمع ماء الرحى وإرساله عند عرضها فهذا يثبت للمشتري خيار الرد مع المصراة عوض اللبن صاعاً من تمر فإن لم يجد التمر فقيمته في موضعه سواء كانت ناقة أو بقرة أو شاة)**.

أما كون الرابع خيار التدليس؛ فلأنه يلي الثالث.

وأما قول المصنف رحمه الله: كتصرية اللبن في الضرع... إلى قوله: عند عرضها فتعداد لصور التدليس وبيان لها.

وأما كون التدليس يُثبت للمشتري خيار الرد: أما التصرية فلما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعدُ فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر»[1] متفق عليه.

ولأنه تدليس غر المشتري فيه بالتصرية فكان له الخيار كبيع النجش.

وأما باقي الصور التي ذكرها المصنف رحمه الله؛ فلأنه في معناها لأنه تدليس يختلف الثمن باختلافه أشبه التصرية.

وأما معنى التصرية فهو جمع اللبن في الضرع.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٤١) ٢: ٧٥٥ كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يُحفل الإبل والبقر والغنم وكل مُحفلة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٥) ٣: ١١٥٥ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه...

قال البخاري: أصل التصرية حبس الماء. يقال: صرى الماء في الحوض وصرى الطعام في فيه وصَرَى الماء في ظهره إذا ترك الجماع. وأنشد أبو عبيدة:

رأيت غلاماً قد صَرَى في فِقْرَتِهْ ماءَ الشباب عُنْفُوانَ سَنَبِتِهْ

وأما كون المشتري يرد مع المُصَرّاةِ عوض اللبن صاعاً من تمر؛ فلأن النبي ﷺ قال: «إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر»[1].

وفي لفظ للبخاري: «وإن سَخِطَهَا ففي حَلْبَتِهَا صاعٌ من تمر»[2].

وأما كونه يرد قيمة التمر إذا لم يجده؛ فلأنه عجز عن عين الواجب فوجب الرجوع إلى قيمته أشبه ما لو أتلف ذلك على آدمي.

وأما كون قيمة التمر في موضع العقد؛ فلأن القيمة بدل عن التمر فكان موضعه موضعه.

وأما كون التصرية تُثبت خيار الرد سواء كانت المصراة ناقة أو بقرة أو شاة فلعموم قوله عليه السلام: «من اشترى مُصَرَّاةً فهو بالخيار»[3] رواه البخاري.

وفي حديث ابن عمر: «من ابتاع مُحَفَّلَةً»[4]. ولم يفصل.

ولأن الإبل والغنم منصوص عليهما بقوله عليه السلام: «لا تصروا الإبل والغنم»[5] فثبت فيهما بالتصريح وفي البقر بالتنبيه لأن لبن البقر أغزر وأكثر.

قال: **(فإن كان اللبن بحاله لم يتغير رده وأجزأه. ويحتمل أن لا يجزئه إلا التمر)**.

---

(١) سبق تخريجه في الحديث السابق.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٤٤) ٢: ٧٥٦ كتاب البيوع، باب إن شاء رد المُصَراة وفي حَلبتها صاع من تمر.

(٣) أخرجه البخاري في الموضع السابق. ولفظه: «من اشترى غنما مصراة...».
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٤) ٣: ١١٥٨ كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة. واللفظ له.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٤٦) ٣: ٢٧١ كتاب البيوع، باب من اشترى مصراة فكرهها.

(٥) سبق تخريجه ص: ٩١.

أما كون المشتري يرد اللبن غير المتغير ويجزئه على المذهب ؛ فلأن التمر إنما وجب عن اللبن فإذا رد الأصل وجب أن يجزئ كسائر الأصول مع أبدالها .

وأما كونه يحتمل أن لا يجزئه إلا التمر ؛ فلأن كون اللبن في الضرع أحفظ له .

ولأن إطلاق الحديث يدل عليه .

وأما قول المصنف رحمه الله : لم يتغير فظاهره أن اللبن إذا تغير لا يجزئه رده وجهاً واحداً لأنه جعل عدم التغير شرطاً في الإجزاء . وظاهر قول القاضي أن الخلاف موجود مع التغير وعدمه لأنه علل احتمال الإجزاء بأن النقص حصل باستعمال[1] المبيع . وعلل احتمال عدم الإجزاء بأن اللبن نقص في يده بالحموضة فهو كما لو أتلفه . وصرح المصنف في الكافي بالخلاف مع التغير ونسب لزوم القبول إلى القاضي .

قال : (**ومتى علم التصرية فله الرد .**

وقال القاضي : ليس له ردها إلا بعد ثلاث) .

أما كون المشتري له الرد بمجرد العلم على المذهب ؛ فلأنه علم سبب الرد فكان له حينئذ أشبه ما لو علم بالعيب .

وأما كونه ليس له ذلك قبل مضي ثلاث على قول القاضي ؛ فلأن أبا هريرة روى أن رسول الله ﷺ قال : « من اشترى مُصَرّاةً فهو بالخيار ثلاثة[2] أيام »[3] رواه مسلم .

---

(١) في و: باستعلام.

(٢) في هـ: ثلاث.

(٣) سبق تخريجه ص: ٩٢.

وجه الحجة : أن الشرع قدر الثلاث لمعرفة التصرية لأن التصرية لا تعرف إلا بعد مضيها لأنه يجوز أن يختلف لبنها لتغير المكان واختلاف العلف[1] فإذا مضت الثلاثة استبان ذلك فوجب أن يثبت له الخيار حينئذ ولا يثبت قبله .

وقال المصنف رحمه الله في المغني : ظاهر قول ابن أبي موسى أنه إذا علم التصرية ثبت له الخيار في الأيام الثلاثة إلى تمامها وهو ظاهر الحديث .

قال : **(وإن صار لبنها عادة لم يكن له الرد في قياس قوله : إذا اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج لم يملك الرد)** .

أما كون المشتري ليس له الرد إذا صار لبن المصراة عادة ؛ فلأن الخيار جُعل لدفع الضرر بالعيب وقد زال الضرر فامتنع ثبوت الرد؛ لأن الحكم يزول بزوال علته .

وأما قول المصنف رحمه الله : في قياس قوله إذا اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج فتنبيه على أمرين :

أحدهما : أن الحكم في المصراة مأخوذ من المسألة المذكورة لأنها منصوص عليها والمصراة في معناها .

وثانيهما : أن الأمة إذا بيعت فبانت مزوجة فطلقها الزوج لا رد لمشتريها . وقد تقدم علة ذلك .

قال : **(وإن كانت التصرية في غير بهيمة الأنعام فلا رد له في أحد الوجهين . وفي الآخر : له الرد ، ولا يلزمه بدل اللبن)** .

أما كون مشتري المصراة من غير بهيمة الأنعام كالأمة والأتان لا رد له في وجهٍ ؛ فلأن لبن ذلك لا يعتاض عنه في العادة ولا يقصد قصد لبن بهيمة الأنعام .

---

(١) في هـ : العلم.

وأما كونه له الرد في وجهٍ فلعموم قوله عليه السلام: « من اشترى مُصَرَّاةً »[1] و « من اشترى مُحَفَّلَةً »[2].

ولأن الثمن يختلف بذلك لأن لبن الأمة يراد للارتضاع ويرغب فيها ظئراً ويحسن ثديها ولذلك لو اشترط كثرة لبنها فبان بخلافه ملك الفسخ ولبن الأتان يراد لولدها.

وأما كونه لا يلزمه بدل اللبن على كل حال؛ فلأن ذلك لا يباع عادة ولا يعاوض عنه.

قال: **(ولا يحل للبائع تدليس سلعته ولا كتمان عيبها فإن فعل فالبيع صحيح.**

وقال أبو بكر: إن دلس العيب فالبيع باطل، قيل له: فما تقول في التصرية؟ فلم يذكر جواباً).

أما كون البائع لا يحل له التدليس؛ فلأن النبي ﷺ قال: « من غشنا فليس منا »[3].

و « نهى النبي ﷺ عن التصرية »[4] لكونها تدليساً وذلك يقتضي عدم حل كل تدليس.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٩٢.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٥٦) ٢: ٧٥٩ كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان. عن ابن مسعود.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٠١) ١: ٩٩ كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ: « من غشنا فليس منا ».
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣١٥) ٣: ٦٠٦ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية الغش في البيوع.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٢٥) ٢: ٧٤٩ كتاب التجارات، باب النهي عن الغش.

(٤) سبق ذكره أحاديث النهي عن التصرية قبل قليل.

وأما كونه لا يحل له كتمان العيب ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « المسلمُ أخو المسلم . لا يَحلُ لمسلمٍ باعَ من أخيه بَيعاً إلا بيّنهُ له »[1] .

وقال : « من بَاع بيعاً لم يُبيّنه ، لم يَزل في مَقْتٍ من الله ، ولم تزل الملائكةُ تَلعنه »[2] رواهما ابن ماجة .

وقال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبيّنا بورك لهما وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما »[3] متفق عليه .

وأما كون البيع مع ذلك صحيحاً على المذهب ؛ فلأن النبي ﷺ صحح بيع المصراة مع أنه منهي عنه وأثبت فيه الخيار[4] .

ولأن العيب نقص في حق المشتري فلم يمنع صحة البيع كالتصرية .

وأما كونه باطلاً إذا دلس العيب على قول أبي بكر ؛ فلأنه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد والبطلان .

والأول أصح ؛ لحديث المصراة .

وأشار المصنف إلى انقطاع حجة أبي بكر بقوله : قيل له : ما تقول في التصرية؟ فلم يذكر جواباً لأن التصرية إلزام صحيح ليس عنه جواب .

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٤٦) ٢: ٧٥٥ كتاب التجارات، باب من باع عيباً فليبينه.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٤٧) الموضع السابق. قال في الزوائد: في إسناده بقية بن الوليد وهو مدلس وشيخه ضعيف.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٧٣) ٢:٧٣٢ كتاب البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا. وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٢) ٣: ١١٦٤ كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان.

(٤) ر ص: ٩٢.

فصل [في خيار العيب]

قال المصنف رحمه الله: **(الخامس: خيار العيب. وهو: النقص كالمرض وذهاب جارحة أو سن أو زيادتها ونحو ذلك. وعيوب الرقيق من فعله كالزنا والسرق والإباق والبول في الفراش إذا كان من مميز، فمن اشترى معيباً لم يعلم عيبه فله الخيار بين الرد والإمساك مع الأرش وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن)**.

أما كون الخامس خيار العيب؛ فلأنه يلي الرابع.

وأما كون العيب يثبت للمشتري خيار الرد؛ فلأن مطلق العقد يقتضي السلامة بدليل ما روي عن النبي ﷺ «أنه اشترى مملوكاً فكتب: هذا ما اشترى محمد بن عبدا لله من العَدّاء بن خالد، اشترى منه عبداً أو أمة لا دَاءَ به ولا غَائِلَةَ بيع المسلمِ للمسلم»[1].

وإذا كان مقتضى العقد السلامة وجب ثبوت الخيار بظهور المبيع معيباً استدراكاً لما فاته وإزالة لما يلحقه من ضرر بقائه في ملكه ناقصاً عن حقه.

وأما كون العيب المثبت للخيار النقص؛ فلأنه يقلل الثمن في عادات التجار لأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية فوجب اعتبار النقص لأنه ينقص به الثمن في عادة أهل ذلك.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢١٦) ٣: ٥٢٠ كتاب البيوع، باب: ما جاء في كتابة الشروط.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٥١) كتاب التجارات، باب: شراء الرقيق.
وذكره البخاري معلقاً ٢: ٧٣١ في كتاب البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا.

وأما قول المصنف رحمه الله: كالمرض... إلى قوله: ونحو ذلك فتعداد لأشياء ينقص بها الثمن ليست من فعل العبد.

وأما قوله: كالزنا والسرق والإباق والبول في الفراش فتعداد لأشياء ينقص بها الثمن وهي من فعل العبد.

وكل ذلك يثبت به الخيار لأن الزنا ينقص قيمة العبد ويعرضه لإقامة الحد ويقلل الرغبة فيه وربما أدى ذلك إلى تلفه، والسرق والإباق والبول في الفراش عيب في الكبير وهو الذي جاوز العشر. وهو المراد بقول المصنف رحمه الله: إذا كان من مميز وليس ذلك بعيب في الصغير لأن السرق والإباق في الصغير لنقصان عقله والبول لضعف بُنْيَته، وفيما بعد الكبر لخبث في طبيعته والبول لداء في باطنه.

وأما كون من اشترى معيباً لم يعلم عيبه له الخيار بين رده وبين إمساكه مع الأرش: أما الرد؛ فلأنه ظهر على عيب لم يعلم به فاستحق به الأرش كما لو تعيب عنده.

ولأنه فاته جزء من المبيع فكان له المطالبة بعوضه كما لو أتلفه بعد البيع.

فإن قيل: النبي ﷺ خيّر في المصراة بين الرد وبين الإمساك بلا أرش فيجب أن يكون هنا كذلك.

قيل: المصراة ليس فيها عيب وإنما ملك الخيار بالتدليس لا لفوات جزء فلذلك لا يستحق أرشاً.

ولأن إلحاق المعيب بالمصراة لا يصح لأن المصراة لا يرجع مشتريها بالأرش إذا تعذر الرد بخلاف المعيب فإنه يرجع بالأرش عند تعذر الرد وفاقاً من المخالف هنا.

وفي تقييد المصنف رحمه الله الخيار بعدم العلم إشعار بأنه إذا كان عالماً لا خيار له وهو صحيح لأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له خيار كما لو صرح بالرضى به[1].

وأما كون الأرش قسطُ ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن؛ فلأنه لا يؤدي إلى محذور [بخلاف جعله قسط قيمته لأنه يؤدي إلى محذور][2] وهو اجتماع الثمن والمثمن للمشتري في صورة هي: ما لو كان الثمن نصف قيمته وكان الأرش نصف قيمته لأنه إذا اشترى ما قيمته عشرون بعشرة فوجد به عيباً أرشه عشرة فإذا أخذها اجتمع له الثمن والمثمن.

فإن قيل: ما مثال قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن؟

قيل: مثاله أن يكون قيمته صحيحاً عشرة ومعيباً خمسة فالمعيب نقص خمسة ونسبتها إلى قيمته صحيحاً النصف فيرجع[3] بنصف الثمن وهو المعني بقول المصنف رحمه الله: وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن.

قال: **(وما كسب فهو للمشتري وكذلك نماؤه المنفصل. وعنه: لا يرده إلا مع نمائه)**.

أما كون كسب المبيع المعيب المردود لعيبه للمشتري؛ فلأن عائشة روت «أن رجلاً اشترى عبداً فاستغلّه ما شاء ثم وجد به عيباً فردَّه. فقال: يا رسول الله! إنه استَغَلّ غلامي. فقال رسول الله ﷺ: الخراج بالضمان»[4] رواه أبو داود وابن ماجة.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) في هـ: ويرجع.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٠) ٣: ٢٨٤ كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً. وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٤٣) ٢: ٧٥٤ كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان.

وأما كون المنفصل كالولد والثمرة المجذوذة واللبن المحلوب كذلك على المذهب ؛ فلأنه نماءٌ حدث في ملك المشتري فلم يمنع الرد كالكسب ، وكما لو كان في يد البائع .

وأما كونه لا يرد الأصل إلا معه على روايةٍ ؛ فلأن النماء موجَب العقد فلا يُرْفَع العقد مع بقاء موجبه .

وهذا الخلاف هو المعنيّ بقول المصنف رحمه الله : وكذلك نماؤه المنفصل . وعنه : لا يرده إلا مع نمائه . ولا تعود هذه الرواية إلى الكسب لأنه ذكر في المغني أن الكسب زيادة من غير العين . ثم قال : فكل ذلك للمشتري في مقابلة ضمانه . ثم قال : ولا نعلم في هذا خلافاً . وحكى في الكافي في الزيادة من غير العين كالكسب ونحوه روايتين وفيه نظر لما ذكر عن المصنف في المغني .

وحكى صاحب النهاية فيها : الكسب مما أجمع عليه .

قال : **(ووطء الثيب لا يمنع الرد . وعنه : يمنع)** .

أما كون وطء الثيب لا يمنع الرد على روايةٍ ؛ فلأنه قول زيد بن ثابت .

وأما كونه يمنعه على روايةٍ ؛ فلأنه قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه .

ولأن الوطء يجري مجرى الجناية لأنه لا يخلو في ملك الغير من عقوبة أو مال فوجب أن يمنع الرد كما لو كانت بكراً .

والأولى أصح لما ذكر .

ولأنه معنى لا ينقص عينها ولا قيمتها ولا يتضمن الرضا بالعيب فلم يمنع الرد كالاستخدام .

قال : **(وإن وطئ البكر أو ثيبت عنده فله الأرش . وعنه : أنه مخير بين الأرش وبين رده وأرش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن .**

قال الخرقي : إلا أن يكون البائع دلس العيب فيلزمه رد الثمن كاملاً) .

أما كون المشتري له الأرش إذا وطئ البكر أو تعيب المبيع عنده ثم ظهر على عيب ؛ فلأن العقد اقتضى السلامة فقابل كل جزء من الثمن كل جزء من المبيع فإذا فات منه شيء وجب الرجوع فيما قابله من الثمن .

وفي اقتصار المصنف على الأرش إشعار بأن وطء البكر وحدوث العيب يمنع الرد وهو صحيح على المذهب .

أما وطء البكر ؛ فلأنه إذهاب لجزء منها أشبه ما لو قطع يدها .

وأما في حدوث العيب في ملكه كقطع يدها وما أشبه ذلك ؛ فلأن الرد بالعيب إنما شرع لإزالة الضرر وفي رد المبيع المعيب عند المشتري ضرر على البائع والضرر لا يزال بالضرر .

ولأن ضرر المشتري ينجبر بالأرش فتعين لكونه طريقاً صالحاً لإزالة ضرر سالماً عن معارضة ضرر البائع .

وأما كونه مخيراً بين أخذ الأرش وبين رد المبيع وأرش العيب الحادث على روايةٍ ؛ فلأنه عيب حدث عند أحد المتبايعين فلم يمنع الخيار المذكور كالعيب الحادث عند البائع قبل القبض .

ولأن العيبين قد وجدا والبائع قد دلس والمشتري لم يدلس فكان اعتبار خيانة المدلس أولى .

ولأن الرد كان جائزاً قبل حدوث العيب فلا يزول عنه إلا بدليل وضرر البائع ينجبر برد أرش العيب الحادث عند المشتري عليه .

فعلى هذا إن أمسك المبيع وأخذ أرش العيب الموجود قبل البيع فلا إشكال ، وإن رد المبيع نظر في البائع فإن لم يكن دلس العيب وجب على المشتري رد أرش العيب الحادث عنده؛ لأن التلف حصل في يده فكان ضمانه عليه .

ولأن الأرش الحادث في ملك البائع عليه . فكذلك الأرش الحادث في ملك المشتري وإذا وجب على المشتري ذلك سقط من الثمن ما قابله إن كان من جنسه وأخذ المشتري باقي الثمن؛ لأنه عوض فات معوضه .

وإن كان البائع دلس العيب لم يجب على المشتري رد أرش العيب الحادث عنده لأن البائع غرّه فكان ما يستحقه عليه من أرش العيب الحادث عليه كما لو زوجه أمة على أنها حرة . ويأخذ المشتري من البائع الثمن كاملاً لفوات معوضه السالم عن استحقاق أرش .

قال : **(قال القاضي : ولو تلف المبيع عنده ثم علم أن البائع دلس العيب رجع بالثمن كله . نص عليه في روايةِ حنبل . ويحتمل أن يلزمه عوض العين إذا تلفت وأرش البكر إذا وطئها لقوله عليه السلام : « الخراج بالضمان »[1] ، وكما يجب عوض لبن المصراة على المشتري)** .

أما كون المشتري يرجع بالثمن كله من غير أن يضمن العين على منصوص الإمام أحمد فلما ذكر في أرش العيب الحادث عند المشتري إذا دلسه البائع .

وأما كونه يحتمل أن يلزمه عوض العين وأرش البكر ؛ فلأن التلف حصل في يده . وقد أيد المصنف هذا الاحتمال بأن قال في المغني : مذهب أكثر أهل العلم فيما أرى أن المبيع بعد قبضه من ضمان المشتري سواء دلس البائع العيب أو لم يدلسه وهو معنى قوله عليه السلام : « الخراج بالضمان »[2] .

ولأن المصراة أصل الرد بالعيب ، والتصرية تدليس ومع ذلك أوجب على المشتري عوض اللبن .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٩٩.

(٢) سبق تخريجه ص: ٩٩.

ولأنه مبيع تعيب في يد المشتري بعد تمام ملكه عليه فكان من ضمانه كما لو لم يدلسه.

قال: **(وإن أعتق العبد أو تلف المبيع رجع بأرشه، وكذلك إن باعه غير عالم بعيبه نص عليه، وكذلك إن وهبه. وإن فعله عالماً بعيبه فلا شيء له، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى فيمن باعه ليس له شيء إلا أن يرد عليه المبيع فيكون له حينئذ الرد أو الأرش)**.

أما كون المشتري يرجع بالأرش إذا أعتق العبد؛ فلأن الرد تعذر من جهته أشبه ما لو أمسك المبيع.

ولأنه كان مخيراً بين الرد والأرش فإذا تعذر الرد تعين الأرش لأن التخيير بين سببين يقتضي تعين أحدهما عند تعذر الآخر.

وأما كونه يرجع بالأرش إذا تلف المبيع فلتعينه طريقاً إلى استدراك ظلامته.

وأما كونه إذا باعه غير عالم بعيبه كذلك على المذهب؛ فلأن الرد متعذر أشبه ما لو أعتقه أو تلف في يده.

وأما كونه لا أرش له على روايةٍ؛ فلأنه استدرك ظلامته بالبيع[1] لكن إن رد عليه كان له حينئذ الخيرة بين الرد والأرش لأن الرد إنما امتنع للتعذر أو استدراك الظلامة فإذا عاد ملكه زالا فيكون له الخيرة كما لو لم يبعه.

وأما كونه إذا وهبه كذلك؛ فلأن الهبة كالبيع المذكور معنى فكذا يجب أن تكون حكماً[2].

وأما كونه إذا باعه عالماً بالعيب لا شيء له؛ فلأنه تصرف في المبيع بعد علمه بعيبه أشبه ما لو صرح بالرضا بالعيب.

---

(١) في هـ: استدارك ظلامته بالمبيع

(٢) في هـ: للمذكور ومعنى فله الخيار يكون حكماً.

وقال المصنف في المغني: قياس المذهب أنه يستحق الأرش لأن له إمساك المعيب والمطالبة بالأرش، والتصرف هنا مُنَزّل منزلة الإمساك مع العلم.

قال: **(وإن باع بعضه فله أرش الباقي، وفي أرش المبيع الروايتان.**

وقال الخرقي: له رد ملكه منه بقسطه من الثمن أو أرش العيب بقدر ملكه فيه).

أما كون البائع له أرش باقي المبيع؛ فلأنه باق[1] في يده فات منه جزء اقتضى العقد تسليمه فكان له بدله أشبه ما لو كان الكل.

وأما كونه له أرش المبيع ففيه الروايتان المذكورتان فيما إذا باعه كله. وقد تقدم ذكر ذلك تفصيلاً ودليلاً.

ومفهوم كلام المصنف رحمه الله أنه ليس له رد الباقي لأنه اقتصر على الأرش. ولم تثبت له الخيرة بين الأرش والرد لما تقدم، ويؤيده قوله بعد: وقال الخرقي: له رد ملكه لأنه مشعر بأنه خلاف ما تقدم.

وقال القاضي: رد الباقي مُخَرّج على تفريق الصفقة.

والمنصوص عن الإمام أحمد جواز الرد كما قال الخرقي لأنه مبيع ظهر على عيبه وأمكنه رده فكان له ذلك كما لو كان جميعه باقياً.

وقال المصنف رحمه الله في المغني: الذي يقتضيه النظر أن المبيع إن كان ينقص بالتفريق كمصراعي باب وما أشبهه لا يملك رده لما فيه من الضرر على البائع من نقصان القيمة وسوء المشاركة، وإن لم يكن كذلك يُخرّج على تفريق الصفقة.

قال: **(وإن صبغه أو نسجه فله الأرش. وعنه: له الرد ويكون شريكاً بصبغه ونسجه)**.

---

(١) في هـ: باقي.

أما كون من ذكر له الأرش فلما تقدم غير مرة. ومفهومه أنه لا رد له وذلك صحيح على المذهب لأنه شغل المبيع بملكه فلم يكن له رده لما فيه من سوء المشاركة.

وأما كونه له الرد ويكون شريكاً بقيمة الصبغ والنسج على روايةٍ فقياس على الغاصب.

والأول المذهب لأن استدراك ظلامة المشتري ممكنة على وجهٍ لا يتضرر البائع فتعين لما فيه من الجمع بين الحقين.

قال: **(وإن اشترى ما مأكوله في جوفه فكسره فوجده فاسداً فإن لم يكن له مكسوراً قيمة كبيض الدجاج رجع بالثمن كله وإن كان له مكسوراً قيمة كبيض النعام وجوز الهند فله أرشه. وعنه: يتخير بين أرشه وبين رده ورد ما نقصه وأخذ الثمن. وعنه: ليس له رد ولا أرش في ذلك كله)**.

أما كون من اشترى ما مأكوله في جوفه وكسره فوجده فاسداً و لم يكن له مكسوراً قيمة كبيض الدجاج وما أشبهه يرجع بالثمن كله؛ فلأنه تبين أنه لا ينفع وذلك يوجب عدم صحة بيعه لأن بيع ما لا نفع فيه لا يصح وما لا يصح بيعه يرجع مشتريه بثمنه كله.

وأما كونه إذا كان له مكسوراً قيمة كبيض النعام وجوز الهند وما أشبههما له أرشه على المذهب؛ فلأنه تعذر رده من أجل كسره وإذا تعذر رده تعين الأرش.

وأما كونه يتخير بين أرشه وبين رده ورد ما نقصه وأخذ الثمن على روايةٍ فكما لو تعيب في يده على رواية.

وقال القاضي: إن كسره كسراً لا يمكن استعلام المبيع إلا به فله رده استدراكاً لظلامته ولا أرش عليه لأن الكسر حصل ضرورة الاستعلام، وإن زاد الكسر على ذلك خرج على الروايتين فيما إذا تعيب في يده.

وأما كونه ليس له رد ولا أرش في ذلك كله على روايةٍ ؛ فلأن البائع لم يوجد منه تدليس ولا تفريط لعدم معرفته بعيبه .

قال : **(ومن علم العيب فأخر الرد لم يبطل خياره إلا أن يوجد منه ما يدل على الرضا من التصرف ونحوه . وعنه : أنه على الفور . ولا يفتقر الرد إلى رضا ولا قضاء ولا حضور صاحبه)** .

أما كون من علم العيب لا يبطل بتأخير الرد مع عدم وجدان ما يدل على الرضا بالمبيع معيباً على المذهب ؛ فلأنه خيار لدفع الضرر المتحقق فلم يبطل بالتأخير الخالي عن الرضا به كجناية القصاص .

وأما كونه يبطل بتأخير الرد مع وجدان ما يدل على رضا المشتري بالمبيع معيباً مثل إن استغل المبيع أو عرضه على البيع أو تصرف فيه مع علمه بعيبه لأن دليل الرضا منزل منزلة التصريح به .

وأما كونه على الفور على روايةٍ ؛ فلأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال أشبه خيار الشفعة .

وأما كون الرد المذكور لا يفتقر إلى رضا ولا قضاء ولا حضور صاحبه ؛ فلأنه رفع عقد جعل إليه فلم يعتبر ذلك فيه كالطلاق .

قال : **(وإن اشترى اثنان شيئاً وشرطا الخيار أو وجداه معيباً فرضي أحدهما فللآخر الفسخ في نصيبه . وعنه : ليس له ذلك)** .

أما كون من لم يرض له الفسخ في نصيبه على المذهب ؛ فلأن نصيبه جميع ما ملكه بالعقد فجاز له رده بالعيب تارة والشرط تارة كجميع المبيع .

وأما كونه ليس له ذلك على روايةٍ ؛ فلأن المبيع خرج من ملك البائع دفعة واحدة فإذا رد أحدهما نصيبه رده مشتركاً ناقصاً فلم يكن له ذلك كما لو تعيب عنده .

قـال : **(وإن اشـترى واحـد معيـين صفقـة واحـدة فليـس لـه إلا ردهمـا أو إمساكهما ، فإن تلف أحدهما فلـه رد البـاقي بقسـطه ، والقـول في قيمـة التـالف قوله مع يمينه)** .

أما كون الواحد إذا اشترى ما ذكر ليس له إلا ردهمـا أو إمسـاكهما ؛ فـلأن في رد أحدهما تفريقاً للصفقة علـى البـائع مـع إمكـان أن لا يفرقهـا أشبه رد بعـض المعيب الواحد .

قال المصنف في المغني : القياس أنها كالمسألة قبلها . يعني ما إذا اشـترى شيئين فوجد بأحدهما عيباً وفيها روايتان مضى ذكرهما وتعليلهما .

فعلى هذا يخرج في المسألة المذكورة هنا رواية أن للمشتري رد أحـد المعيبين . وعلل المصنف في المغني فقال : إذ لو كان إمساك أحدهما مانعاً من الرد لمنع من الـرد إذا كان صحيحاً .

وأما كونه له رد الباقي بقسطه إذا تلف أحدهما ؛ فـلأن التـالف لا يمكنـه رده بخلاف ما إذا كان موجوداً .

وحكى المصنف في المغني : أن الرد هنا على الروايتين في رد أحدهما .

فعلى هذا إن قلنا ليس له رد أحدهما فليس له رد الباقي إذا تلف أحدهما .

وأما كون القول في قيمة التالف قول المشتري مع يمينه ؛ فلأنه بمنزلة الغارم لأن قيمة التالف إذا زادت زاد قدر ما يغرمه فهو بمنزلة المستعير والغاصب .

قال : **(وإن كـان أحدهمـا معيباً فلـه رده بقسـطه . وعنـه : لا يجـوز لـه إلا ردهما أو إمساكهما ، وإن كان المبيع مما ينقصه التفريق كمصراعي باب وزوجَيْ خف أو جارية وولدها فليس له رد أحدهما)** .

أما كون المشتري لما ذُكر له رد المعيب وحده بقسطه من الثمن إذا لم يكن مما ينقصه التفريق ولم تكن جارية وولدها على المذهب؛ فلأنه رد للمبيع المعيب على وجهٍ لا ضرر فيه على البائع فجاز كما لو رد الجميع.

وأما كونه لا يجوز له إلا ردهما أو إمساكهما على روايةٍ؛ فلأن رد المعيب وحده تبعيض للصفقة على المشتري فلم يكن له ذلك كما لو كان المبيع مما ينقص بالتفريق.

وأما كونه ليس له رد أحدهما إذا كان مما ينقص بالتفريق كمصراعي باب وزوجي خُفّ؛ فلأن الرد يتضمن ضرر البائع، والخيار إنما ثبت لإزالة الضرر ولا يزال الضرر بالضرر.

وأما كونه ليس له ذلك إذا كان جارية وولدها؛ فلأن في رد أحدهما تفريقاً بينهما وذلك لا يجوز لما تقدم في موضعه.

ولا بد أن يلحظ في المنع من الجارية وولدها ما في معناهما ممن يحرم التفريق بينهما كغيرهما من كل ذي رحم محرم لأن الكل سواء معنى فكذا يجب أن يكون حكماً. وكذلك زاد بعض من أذن له المصنف رحمه الله في الإصلاح أو ممن يحرم التفريق بينهما.

قال: **(وإن اختلفا في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري ففي أيهما يقبل قوله؟ روايتان. إلا أن لا يحتمل إلا قول أحدهما فالقول قوله بغير يمين)**.

أما كون القول قول المشتري في العيب الذي يحتمل حدوثه قبل الشراء وبعده كالخرق والرفو[1] في الثوب وما أشبه ذلك في روايةٍ؛ فلأن الأصل عدم القبض في

(١) قال في المصباح: رفوت الثوب رفواً إذا أصلحته. المصباح المنير، مادة رفا.

الجزء الفائت واستحقاق القدر الذي قابل العيب من الثمن فكان القول قول من ينفيه كما لو اختلفا في قبض الجميع.

وأما كون القول قول البائع في ذلك في روايةٍ؛ فلأن الأصل سلامة المبيع وصحة العقد.

ولأن المشتري يدعي عليه فسخ العقد وهو ينكره.

وأما كون القول قول من لا يحتمل إلا قوله؛ فلأن غيره كاذب في قوله.

فإن قيل: ما صورة ذلك؟

قيل: ذلك على ضربين:

أحدهما: أن لا يحتمل إلا قول المشتري مثل: أن يكون مما لا يحتمل حدوثه عند المشتري كالأصبع الزائدة والجراحة المندملة التي لا يحتمل حدوث مثلها.

وثانيهما: أن لا يحتمل إلا قول البائع مثل: أن يكون مما لا يحتمل حدوثه قبل البيع كالجرح الطري الذي لا يحتمل كونه قديماً. والقول في الأول قول المشتري وفي الثاني قول البائع لما تقدم.

وأما قول المصنف رحمه الله: بغير يمين فإشارة إلى أن اليمين لا تجب في الموضعين المذكورين في حق مَن القول قوله لأن اليمين إنما شرع في موضع يحتمل صدق صاحبه.

وفي قوله: بغير يمين أيضاً إشعار بأن المسألة قبلُ تجب اليمين على من قيل القولُ قولُه لأنه يحتمل صدق صاحبه.

وصفة يمين المشتري: أن يحلف بالله أنه اشتراه وبه هذا العيب وأنه ما حدث عنده.

وصفة يمين البائع على حسب جوابه: إن أجاب: بعته بريئاً من العيوب حلف على ذلك، وإن أجاب: لا يستحق عليّ ما يدعيه من الرد حلف على ذلك.

قال: **(ومن باع عبداً تلزمه عقوبة من قصاص أو غيره يعلم المشتري ذلك فلا شيء له، وإن علم بعد البيع فله الرد أو الأرش، فإن لم يعلم حتى قتل فله الأرش)**.

أما كون المشتري لا شيء له إذا اشترى عبداً عالماً أنه تلزمه عقوبةٌ من قصاص أو غيره؛ فلأنه إذا اشتراه مع علمه بذلك يكون راضياً بعيبه أشبه ما إذا اشترى المبيع عالماً بعيبه.

وأما كونه له الخيرة بين الرد والأرش إذا لم يعلم بذلك إلا بعد البيع؛ فلأن ذلك عيب فملك به الخيرة المذكورة كسائر العيوب.

وأما كونه له الأرش إذا لم يعلم حتى قتل؛ فلأن الرد تعذر فتعين الأرش.

فإن قيل: الأرش هنا ما هو؟

قيل: قسط ما بين كونه جانياً وبين كونه غير جان من ثمنه. مثاله: أن يقال قيمته وهو غير جان مائة وقيمته وهو جان خمسون فما بينهما خمسون نسبتها إلى القيمة النصف فالأرش إذاً نصف الثمن.

فإن قيل: هلا يرجع بالثمن كله لأن قتله بسبب حصل عند البائع فجرى مجرى ما لو أتلفه؟

قيل: التلف حصل في يد المشتري بسبب كان عند البائع فلم يرجع بجميع الثمن كما لو اشتراه فبان مريضاً ثم مات بداء به أو مرتداً فقتل بردته.

قال: **(وإن كانت الجناية موجبة للمال والسيد معسر قدم حق المجني عليه وللمشتري الخيار، وإن كان السيد موسراً تعلق الأرش بذمته والبيع لازم)**.

أما كون حق المجني عليه يقدم؛ فلأن حق الجناية سابق على حق المشتري فإذا تعذر إمضاؤهما قدم السابق.

وأما كون المشتري له الخيار؛ فلأن تمكن المجني عليه من انتزاعه عيب فيه فملك الخيار به كما لو اشترى شيئاً فبان معيباً.

وأما كون الأرش يتعلق بذمة السيد مع يساره؛ فلأنه أزال ملكه من عين تعلق بها حق المجني عليه فلزمه الأرش كما لو قتله.

وأما كون البيع مع ذلك لازماً؛ فلأنه لا ضرر على المشتري لتمكن المجني عليه من الرجوع على البائع.

فصل [في خيار التولية]

قال المصنف رحمه الله: **(السادس: خيار يثبت في التولية والشركة والمرابحة والمواضعة ولا بد في جميعها من معرفة المشتري رأس المال)**.

أما كون الخيار يثبت للمشتري في الصور المذكورة إذا ظهر له بينة أو أقر أن رأس المال أقل؛ فلأن البائع ظلمه في القدر الذي زاد عليه فوجب أن يثبت له الخيار استدراكاً لظلامته قياساً على ما لو ظهر المبيع معيباً.

ولأن المشتري ربما كان له غرض في الشراء على الوجه الذي أوقعه لكونه حالفاً أو وصياً في الشراء على الوصف الذي فعله.

وأما كونه لا بد في جميعها من معرفة المشتري رأس المال؛ فلأن العقد يعتمد ذلك إذ معنى التولية: البيع برأس المال، والشركة: بيع البعض بحصته من ذلك، والمرابحة: بزيادة على ذلك، والمواضعة: بوضيعة من ذلك فإذا لم يكن رأس المال معلوماً خرجت الصور عن موضوعاتها.

فإن قيل: لم خص المشتري بمعرفة رأس المال؟

قيل: لأن الظاهر أن المشتري لا يعرفه بخلاف البائع لا أن ذلك شرط في المشتري دون البائع.

فعلى هذا لو كان البائع قد نسي رأس ماله لم يجز بيعه إلا مساومة لأنه لو باع بغير ذلك كان كاذباً لأنه لا بد في جميع الصور أن يقول: رأس ماله كذا فإذا لم يكن عالماً بذلك ولا ظاناً كان كاذباً.

قال: **(ومعنى التولية: البيع برأس المال؛ فيقول: وليتكه أو بعتكه برأس ماله أو بما اشتريته أو برقمه، والشركة: بيع بعضه بقسطه من الثمن، ويصح بقوله: شركتك[1] في نصفه أو ثلثه، والمرابحة: أن يبيعه بربح فيقول: رأس مالي فيه بعتكه بها وربح عشرة أو على أن أربح في كل عشرة درهما، والمواضعة أن يقول: بعتكه بها ووضيعة درهم من كل عشرة فيلزم المشتري تسعون درهماً، وإن قال: ووضيعة درهم لكل عشرة لزمه تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم)**.

أما قول المصنف رحمه الله: ومعنى التولية: البيع برأس المال، والشركة: بيع بعضه بقسطه، والمرابحة: أن يبيعه بربح، والمواضعة أن يقول: بعتكه بها ووضيعة درهم فبيان لمعاني البيوع المذكورة. وفي ذكر ذلك إشارة إلى صحة البيع بذلك كله؛ لأن الثمن معلوم في جميع ذلك فإذا وجد منضماً إلى بقية الشروط وجب الحكم بالصحة عملاً بالعلة المقتضية لها السالمة عن المعارض.

وأما قوله عقيب كل تفسير: فيقول، فتنبيه على أن الصيغ المذكورة لها ألفاظ ينعقد البيع بها.

وأما قوله: وليتكه أو بعتكه فتنبيه على أن التولية لها لفظان:

أحدهما: لفظ التولية لأن التولية معناها البيع برأس المال فإذا قال: وليتك هذا الثوب كان بمنزلة ما لو قال: بعتكه برأس ماله.

وثانيهما: لفظ البيع. فيصح بقوله: بعتكه برأس ماله، وبقوله: بعتكه بما اشتريته، وبقوله: بعتكه برقمه لأن لفظ البيع صريح في معناه فإذا اتصل به أحد ما ذكر كان بمنزلة قوله: بعتكه بمائة.

---

(١) في و: أشركتك.

فإن قيل: قد تقدم أن البيع بالرقم لا يصح فكيف يصح هاهنا؟

قيل: حيث قيل لا يصح يكون الثمن مجهولاً عندهما أو عند أحدهما، وحيث قيل: يصح يكون ذلك معلوماً عندهما. وقد تقدم هنا[1] ما يوجب العلم بالثمن وهو قوله: ولا بد من معرفة المشتري رأس المال بخلاف ما تقدم فإنه لم يتقدمه ما يدل على العلم بالثمن ولذلك قال هنا: برأس ماله أو بما اشتريته من غير تعيين لأنه اعتمد على اشتراط معرفة المشتري ذلك بما سبق.

وأما كون الشركة تصح بقوله: شركتك في نصفه أو ثلثه؛ فلأنه لفظ موضوع للشركة حقيقة فصح به كسائر ألفاظ الحقيقة، وتصح بقوله: بعتك نصفه بنصف رأس ماله وما أشبهه لأنه يفيد المقصود.

وأما كون المرابحة تصح بقوله: رأس مالي فيه مائة بعتكه بها وربح عشرة، أو على أن أربح في كل عشرة درهماً؛ فلأن الثمن والربح معلومان. وللمرابحة صورتان:

إحداهما: تصح من غير كراهة وهو ما تقدم ذكره لما ذكر.

والثانية: تكره. وهي أن يقول: ده يازده أو ده دوازده[2] لأن ابن عمر وابن عباس كرهاه[3].

ولأن الثمن قد لا يعلم في الحال.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: وازده.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢١٥٧٤) ٤: ٤١٣ كتاب البيوع، في بيع ده دوازده.
وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٥٠١١) ٨: ٢٣٢ كتاب البيوع، باب بيع ده دوازده. كلاهما عن ابن عباس.
وفي (١٥٠١٠) عن ابن عمر ولفظه قال: « بيع ده دوازده رباً ».
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٣٠ كتاب البيوع، باب المرابحة.

وأما كون المواضعة تصح بقوله: بعتكه برأس ماله ووضيعة درهم من كل عشرة؛ فلأنه لفظ محصل لمقصود البيع بدون رأس المال.

وأما كون المشتري يلزمه في هذه الصورة تسعون؛ فلأن المائة عشر عشرات فإذا أسقط من كل عشرة درهم بقي تسعون.

وأما كونه يلزمه[1] في قوله: ووضيعة درهم لكل عشرة تسعون درهماً وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم؛ فلأنه لما قال: لكل عشرة درهم وجب أن يكون الدرهم من غير العشرة فكأنه قال: من كل أحد عشر درهماً درهم فيجب أن يسقط من تسعة وتسعين تسعة ومن أحد عشر جزءاً من درهم جزء فيبقى تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم.

قال: **(ومتى اشتراه بثمن مؤجل، أو ممن لا تقبل شهادته له، أو بأكثر من ثمنه حيلة، أو باع بعض الصفقة بقسطها من الثمن ولم يبين ذلك للمشتري في تخبيره بالثمن فللمشتري الخيار بين الإمساك والرد)**.

أما كون المشتري له الخيار المذكور فيما إذا كان الشراء بثمن مؤجل ولم يبينه البائع له؛ فلأن الأجل يأخذ قسطاً من الثمن فإذا بان للمشتري ذلك وجب أن يثبت له الخيار استدراكاً لظلامته.

وأما كونه له ذلك إذا اشتراه ممن لا تقبل شهادته له؛ فلأنه متهم في حقهم لكونه يحابيهم ويسمح لهم.

وأما كونه له ذلك إذا اشتراه حيلة؛ فلأن ذلك تدليس وهو حرام فأثبت الخيار كتدليس العيب.

---

(١) في هـ: ويلزمه.

وأما كونه له ذلك إذا باع بعض ما اشتراه ؛ فلأن قسمة الثمن على ذلك تخمين ، واحتمال الخطأ فيه كثير .

وأطلق المصنف رحمه الله ثبوت الخيار هنا في بيع بعض الصفقة ، وصرح في المغني بأن البيع إن كان مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء كالمكيل والموزون من صنف واحد جاز بيع بعضه مرابحة لأن ذلك لا يحتاج إلى تخمين بل الثمن مقسوم عليه بالأجزاء وذلك يستدعي عدم ثبوت الخيار لأن جوازه يستدعي نفي الضرر عن المشتري وإلا حرم كالذي لا ينقسم وإذا لم يتضرر فلا خيار وهذا صحيح يجب حمل كلام المصنف هنا عليه .

وفي ثبوت الخيار في الصورة المذكورة إشعار بأمرين :

أحدهما : أن البائع يجب عليه أن يبين ذلك كله للمشتري لأن كتمانه تدليس وذلك حرام لما تقدم .

وثانيهما : أن البيع مع الكتمان صحيح لأن غاية ما تقدم أنه بيع دلس فيه ، وذلك لا يمنع الصحة دليله بيع المعيب .

ولأن الضرر يمكن استدراكه بثبوت الخيار فلم تدعُ حاجة إلى إبطاله .

قال : (**وما يزاد في الثمن أو يحط منه في مدة الخيار أو يؤخذ أرشاً لعيب أو جناية عليه يلحق برأس المال ويخبر به ، وإن جنى ففداه المشتري أو زيد في الثمن أو حط منه بعد لزومه لم يلحق به**) .

أما كون ما يزاد في الثمن أو يحط منه في مدة الخيار يلحق برأس المال ويخبر به ؛ فلأن ذلك من الثمن فوجب إلحاقه برأس المال والإخبار به كأصله .

وأما كون ما يؤخذ أرشاً لعيب أو جناية عليه تلحق برأس المال ويخبر به ؛ فلأنه أُخذ في مقابلة جزء من المبيع .

وأما كون ما تُفدى به الجناية لا يلحق برأس المال ؛ فلأن ذلك ليس من الثمن ولا يزاد به المبيع .

وأما كون ما زيد في الثمن أو حط منه بعد لزوم العقد لا يلحق برأس المال ؛ فلأن الزيادة حينئذ بمنزلة الهبة من المشتري والنقصان من البائع لأنه لا يلزم واحداً منهما ذلك فلم يجب إلحاقه به كما لو وهب أحدهما الآخر شيئاً .

قال : **(وإن اشترى ثوباً بعشرة وقصره بعشرة أخبر به على وجهه ، فإن قال : تحصل علي بعشرين فهل يجوز ذلك؟ على وجهين . وإن عمل فيه بنفسه عملاً يساوي عشرة لم يجز ذلك وجهاً واحداً)** .

أما كون المشتري يخبر بما فعل على وجهه ؛ فلأنه لو ضم ذلك إلى الثمن وقال : رأس ماله كذا كان كذباً وتغريراً بالمشتري .

وأما كونه يجوز أن يقول : تحصَّل عليّ بعشرين على وجهٍ ؛ فلأنه صادق .

وأما كونه لا يجوز على وجهٍ ؛ فلأن فيه تلبيساً ويحتمل أن المشتري لو علم الحال لما رغب فيه لكون ذلك العمل مما لا حاجة إليه أشبه ما لو أنفقه عليه .

قال المصنف في الكافي : بعد ذكره هذا الوجه في المسألة هو ظاهر كلام أحمد .

وأما كونه لا يجوز أن يقول ذلك إذا عمل ما تقدم ذكره بنفسه وجهاً واحداً ؛ فلأنه كاذب لأن ما عمله لم يغرم بسببه شيئاً ، وإخباره بأنه تحصل عليه بعشرين كذب .

قال : **(وإن اشتراه بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة أخبر بذلك على وجهه ، وإن قال : اشتريته بعشرة جاز .**

وقال أصحابنا : يحط الربح من الثمن الثاني ويخبر أنه اشتراه بخمسة) .

أما كون المشتري يخبر بالحال على وجهه ؛ فلأنه أقرب إلى الحق وأبلغ في الصدق .

وأما كونه يجوز أن يقول : اشتريته بعشرة ؛ فلأنه اشتراه بذلك .

وأما كونه يحط الربح من الثمن الثاني على قول الأصحاب ؛ فلأن الربح أحد نوعي النماء فوجب أن يخبر به في المرابحة كالنماء من نفس المبيع كالولد والثمرة .

وأما كونه يخبر بأنه اشتراه بخمسة ؛ فلأن الربح لما حط من الثمن بقي ذلك . وقد روي عن الإمام أحمد أنه لما بلغه أن ذلك مذهب ابن سيرين أعجبه وظاهره أنه أوجب ذلك .

وفي قول المصنف رحمه الله : وقال أصحابنا إشعار بأن جواز الإخبار بأنه بعشرة اختياره .

وقال في المغني بعد ذكره الإخبار بمثل الثمن الثاني : وهو الصحيح . وحمل كلام الإمام أحمد في ذلك[1] على الاستحباب . ويجاب عن قياس الربح على الأرش بأن إلحاق الربح بالكسب أولى من إلحاقه بالأرش[2] لأن الربح والكسب نماء من غير عين المبيع بخلاف الأرش فإنه عوض عن جزء من عين المبيع ولو كان المبيع عبداً فكسب لا يجب أن يحط ذلك من الثمن . فكذلك الربح .

(١) في ج: الكافي.
(٢) في هـ : من الأرش.

فصل [في خيار اختلاف المتبايعين]

قال المصنف رحمه الله: **(السابع: خيـار يثبـت لاختـلاف المتبـايعين. ومتـى اختلفا في قدر الثمن تحالفا فيبدأ بيمين البائع فيحلف ما بعته بكذا وإنما بعته بكـذا ثم يحلف المشتري ما اشتريته بكذا وإنما اشتريته بكذا، فإن نكل أحدهما لزمه مـا قال صاحبه، وإن تحالفا فرضي أحدهما بقول صاحبه أُقر العقد وإلا فلكل واحد منهما الفسخ، وإن كـانت السـلعة تالفـة رجعا إلى قيمـة مثلهـا، فإن اختلفـا في صفتها فالقول قول المشتري. وعنه: لا يتحالفان إذا كـانت تالفـة والقـول قـول المشتري مع يمينه، وإن ماتا فورثتهما بمنزلتهما)**.

أما كون الخيار يثبت لاختلاف المتبـايعين مثـل: أن يدعـي المشـتري أن البـائع باعه العبد بمائة فيقول البائع: بل بمائة وخمسين؛ فـلأن ابـن مسـعود روى أن رسـول الله ﷺ قال: « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينـة فـالقول قـول البـائع والمشـتري بالخيار »[1] رواه الإمام أحمد والشافعي.

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٧٠) ٣: ٥٤١ كتاب البيوع، باب مـا جـاء إذا اختلـف البيعـان. ولفظـه: « إذا اختلف البيعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار ».
وأخرجه أحمد في مسنده (٤٤٤٤) ١: ٤٦٦.
وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٤٩٣) ٤: ٣٧٠.
قال الترمذي: هذا حديث مرسل عون بن عبدالله لم يدرك ابن مسعود.

وفي لفظ : « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يتاركان البيع»[1] رواه ابن ماجة . وفي سياقه أن ابن مسعود رواه للأشعث بن قيس وقد اختلفا في ثمن مبيع فقال للأشعث : فإني أرى أن أرد البيع.

ولأنه فسخ لاستدراك الظلامة فوجب أن يثبته الاختلاف كالرد بالعيب .

وأما كون المتبايعين يتحالفان والسلعة قائمة ؛ فلأن في بعض ألفاظ حديث ابن مسعود أن النبي ﷺ قال : « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا »[2] .

ولأن كل واحد منهما مدعٍ ومدعًى عليه ؛ فإن البائع يدعي الأكثر وينكر الأقل ، والمشتري يدعي الأقل وينكر الأكثر .

ولا بد أن يلحظ في التحالف عدم البينة فإن كان لأحدهما بينة قُضي بها لترجحه بها .

ولأن في الحديث المتقدم : « ولا بينة لأحدهما ».

فإن كان لكل واحد منهما بينة تعارضتا وصارا كمن لا بينة لهما .

وأما كونهما يتحالفان إذا كانت السلعة تالفة على روايةٍ فلعموم قوله ﷺ : «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار »[3] ، وقياساً على ما إذا كانت السلعة باقية لم تتلف .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١١) ٣: ٢٨٥ كتاب البيوع، باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٤٨) ٧: ٣٠٢ كتاب البيوع، اختلاف المتبايعين في الثمن.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٨٦) ٢: ٧٣٧ كتاب التجارات، باب البيعان يختلفان.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٤٤٤٦) ١: ٤٦٦.

(٣) سبق تخريجه ص: ١١٩.

فعلى هـذه الروايـة يُرجـع إلى قيمـة مثـل السـلعة المبيعـة لأن رد العـين متعـذر فوجب الرجوع إلى القيمة كما لو أتلف مال آدمي . فـإن اختلفـا في صفتهـا فـالقول قول المشتري لأنه غارم .

وظاهر كلام أبي الخطاب : أن القيمة إذا زادت على الثمـن لا يـلزم المشـتري الزيادة لأنه قال : المشتري بالخيار بين دفع الثمن الذي ادعاه البائع وبين دفع القيمـة . ووجهه : أن البائع لا يدّعي الزيادة فلم يلزم المشتري كما لو أقر لرجل بما لا يدعيه .

وقال صاحب النهاية فيهـا : إيجـاب الزيـادة أظهـر لأن بالفسـخ سـقط اعتبـار الثمن .

وأما كونهما لا يتحالفان على روايةٍ ؛ فلأن مفهـوم قولـه عليـه السـلام : « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا »[1] أن التحالف لا يشرع عند عدم السلعة.

ولأنهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري واختلفا في قدرٍ زائـدٍ البـائع يدعيـه والمشتري ينكره والقول قول المنكر . ترك هذا حال قيام السلعة للحديث فيبقى فيمـا عداه على مقتضاه .

فعلى هذا القول قول المشتري مع يمينه لما تقدم ذكره .

والأولى أولى اختارها الخرقي ؛ لما تقدم .

ولأن كل واحد منهما مدع ومنكر فتشرع اليمين كحال قيام السلعة .

ولأنه إذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفـة ثمنهـا للمعرفـة بقيمتهـا؛ لأن الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة فمع تعذر ذلك أولى .

وأما قول النبي ﷺ : « والسـلعة قائمـة » فلأجـل تـراد المبيـع لا لأجـل عـدم مشروعية التحالف حال تلف السلعة .

---

(١) سبق تخريجه ص: ١١٩.

وأما ترك ما تقدم ذكره هنا فيجوز إذا لُحظ مساواة محل النزاع محل الوفاق فيما ترك لأجله في محل الوفاق.

وأما كونه يبدأ بيمين البائع؛ فلأنه أقوى جنبة من المشتري لأن النبي ﷺ قال: «فالقول ما قال البائع»[1]، وفي بعض الألفاظ: «فالقول قول البائع والمشتري بالخيار»[2] رواه الإمام أحمد والشافعي.

ولأنهما إذا تحالفا عاد المبيع إليه.

وأما كون الحالف يجمع في اليمين بين النفي والإثبات فلما تقدم من أن كل واحد منهما يدعي عقداً وينكر عقداً. وفي قول المصنف في صفة اليمين: ما بعته وإنما بعته إشارة إلى تقديم النفي على الإثبات لأن الأصل في اليمين أنها النفي.

ويكفيه يمين واحدة لأنه أقرب إلى فصل القضاء.

وأما كون الناكل يلزمه ما قال صاحبه؛ فلأن النكول بمنزلة الإقرار، ولو أقر لزمه ذلك. فكذلك إذا نكل.

وأما كون العقد يقر إذا رضي أحدهما بقول صاحبه؛ فلأن الراضي إما البائع أو المشتري: فإن كان البائع فلا خيار للمشتري لأنه قد حصل له ما ادعاه، وإن كان المشتري فلا خيار للبائع كذلك.

وأما كون الفسخ لكل واحد منهما فلما تقدم أول الفصل.

وفي إضافة المصنف رحمه الله الفسخ إلى كل واحد منهما إشعار بأنه لا حاجة في فسخ البيع إلى حكم حاكم، وقد صرح به في المغني، وذكر فيه احتمالاً وعلله بتعذر إمضائه في الحكم.

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٨٦) ٢: ٧٣٧ كتاب التجارات، باب البيعان يختلفان.

(٢) سبق تخريجه ص: ١١٩.

وقال في الكافي : الأول المذهب لأن النبي ﷺ قال : « أو يتزادان »[1] ، ولما تقدم من قول الأشعث : فإني أرى أن أرد البيع[2] .

ولأنه خيار لاستدراك ظلامة فكان من غير حكم حاكم كالرد بالعيب .

وأما كون ورثة المتبايعين بمنزلتهما عند موتهما ؛ فلأنهم يقومون مقامهما في أخذ مالهما وإرث حقوقهما . فكذلك فيما يلزمهما أو يصير لهما .

قال : **(ومتى فسخ المظلوم منهما انفسخ العقد ظاهراً وباطناً ، وإن فسخ الظالم لم ينفسخ في حقه باطناً وعليه إثم الغاصب)** .

أما كون العقد ينفسخ ظاهراً وباطناً إذا فسخ المظلوم ؛ فلأنه معذور .

وأما كونه لا ينفسخ باطناً إذا فسخ الظالم ؛ فلأنه لا عذر له .

وظاهر كلام المصنف رحمه الله الفرق بين الظالم والمظلوم سواء كان الظالم البائع أو المشتري . ولم أجد نقلاً صريحاً يوافق ذلك ولا دليلاً يقتضيه ، بل المنقول في مثل ذلك أن البائع إن كان ظالماً لم ينفسخ العقد باطناً لأنه يمكنه إمضاء العقد واستيفاء حقه ولا ينفسخ العقد باطناً ولا يباح له التصرف وعليه إثم الغاصب؛ لأنه غاصب . وإن كان المشتري ظالماً انفسخ البيع ظاهراً وباطناً لعجز البائع عن استيفاء حقه هكذا نقله المصنف في المغني والكافي ولم ينقل الفرق بين المظلوم والظالم مطلقاً .

ونقل عن القاضي أنه قال : ظاهر كلام أحمد أن الفسخ يثبت ظاهراً وباطناً وظاهره التعميم سواء كان الفاسخ الظالم أو المظلوم وعلل قوله بأن ذلك فسخ لاستدراك ظلامة أشبه الرد بالعيب ، أو فسخ عقد بعد التحالف أشبه الفسخ باللعان .

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٢٠.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٢٠. وقد ذكر هذا القول في سياق حديث ابن ماجة.

قال: **(وإن اختلفا في صفة الثمن تحالفا إلا أن يكون للبلد نقد معلوم فيرجع إليه)**.

أما كون المتبايعين يتحالفان عند الاختلاف في صفة الثمن وفي البلد نقود؛ فلأنهما اختلفا في صفة الواجب فوجب التحالف كاختلافهما في أصل الثمن.

وقال المصنف في المغني: يرجع إلى أوسطها. نص عليه وعليه اليمين لأن الظاهر معه فكان القول قوله مع يمينه كالمنكر.

وأما كونهما لا يتحالفان إذا كان للبلد نقد معلوم؛ فلأنه يرجع إليه لأن الظاهر وقوع البيع به.

قال: **(وإن اختلفا في أجَل أو شرط فالقول قول من ينفيه. وعنه: يتحالفان. إلا أن يكون شرطاً فاسداً فالقول قول من ينفيه)**.

أما كون القول قول من ينفي الأجل على المذهب؛ فلأن الأصل عدمه.

ولأنه منكر والقول قول المنكر.

وأما كون المتبايعين يتحالفان على روايةٍ؛ فلأنهما اختلفا في صفة العقد فوجب التحالف قياساً على الاختلاف في الثمن.

والقول في الاختلاف في رهن أو ضمين أو قدر ما وقع به الرهن أو الضمان كالقول في الاختلاف في الأجل.

وأما الاختلاف في الشروط فعلى ضربين:

أحدهما: شرط صحيح وحكمه كذلك والدليل ما ذكر.

والثاني: شرط فاسد مثل أن يقول أحدهما: وقع العقد بخمر أو بخيار مجهول أو نحوهما فينفيه الآخر فالقول قول من ينفيه لأن الظاهر من حال المسلم أن لا يتعاطى إلا عقداً صحيحاً.

ولم يحك المصنف رحمه الله هنا في مثل ذلـك خلافاً لأنه استثنى ذلك من قوله: وعنه يتحالفان.

ومن الاختلاف مما يفسد البيع صورة -وحكى المصنف في المغني فيها خلافاً- وهي ما إذا قال: بعتك وأنا صبي. وعلل قبول قوله بأن الأصل الصغر فعارض ذلك بالظاهر المتقدم ذكره.

قال: **(وإن قال: بعتني هذين فقال: بل أحدهما فالقول قول البائع. وإن قال: بعتني هذا قال: بل هذا حلف كل واحد منهما على ما أنكره ولم يَثْبت بيع واحد منهما)**.

أما كون القول قول البائع إذا اختلفا في مقدار المبيع؛ فلأن البائع ينكر القدر الزائد فاختصت اليمين به كما لو اختلفا في أصل العقد.

وأما كون كل واحد يحلف على ما [أنكره][1] إذا اختلفا في عين المبيع؛ فلأن كل واحد يدعي عقداً على مبيع[2] ينكره صاحبه فيحلف كل واحد منهما على ما أنكره.

وأما كون بيع واحد منهما لا يثبت؛ فلأن الذي ادعاه المشتري أنكره البائع وحلف عليه والقول قول المنكر مع يمينه والذي أقر به البائع لا يدعيه المشتري.

قال: **(وإن قال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه، وقال المشتري: لا أسلمه حتى أقبض المبيع والثمن عين: جُعل بينهما عدل يقبض منهما ويسلم إليهما. وإن كان ديناً أجبر البائع على التسليم ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن إن كان حاضراً معه، وإن كان غائباً بعيداً أو المشتري معسراً فللبائع الفسخ،**

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) في هـ: على زيد مبيع.

وإن كان في البلد حُجر على المشتري في ماله كله حتى يسلمه، وإن كان غائباً عن البلد قريباً احتمل أن يثبت للبائع الفسخ واحتمل أن يحجر على المشتري).

أما كون العدل يُجعل بين البائع والمشتري إذا اختلفا في التسليم أوّلاً والثمن عين؛ فلأنهما استويا في تعلق حقهما بعين كل واحد[1] من الثمن والمثمن، وإذا كان كذلك وجب أن يجعل بينهما عدل يسلم إليهما لأن في ذلك تسوية بين المتساويات.

وأما كون البائع يجبر على تسليم المثمن، ثم المشتري على تسليم الثمن الحاضر معه والثمن دين -والمراد أن يكون البيع قد وقع بثمن في الذمة لا أن يكون مؤجلاً؛ فلأن حق المشتري تعلق بعين المثمن وحق البائع تعلق بما في ذمة المشتري فوجب تقديم[2] حق المتعلق بالعين كتقديم حق المرتهن على سائر غرماء المفلس.

وأما كون البائع له الفسخ إذا كان الثمن في غيبة بعيدة وهي مسافة القصر أو كان المشتري معسراً؛ فلأنه تعذر عليه أخذ الثمن فكان له الخيار المذكور كالمفلس إذا وجد البائع عنده عين ملكه.

وأما كونه يحجر على المشتري في ماله كله حتى يسلم الثمن الذي في البلد؛ فلأنه إذا لم يحجر عليه في ذلك خيف أن يتصرف في ماله تصرفاً يضر بالبائع.

وأما كونه يحتمل أن يثبت للبائع الفسخ إذا كان الثمن غائباً غيبة قريبة وهي دون مسافة القصر؛ فلأن في التأخير ضرراً على البائع.

وأما كو: يحتمل أن الحجر على المشتري؛ فلأن ما دون مسافة القصر بمنزلة الحاضر.

---

(١) في هـ: أحد.

(٢) في هـ: تقدم.

قال: **(ويثبت الخيـار للخُلـف في الصفـة، وتغيّر مـا تقدمـت رؤيتـه. وقـد ذكرناه)**.

أما كون الخيار يثبـت للخُلـف في الصفـة بـأن يشـترط في المبيـع صفـة فيظهـر بخلافها؛ فلأن فيه استدراكاً لما فاته من الصفة.

وللخُلف في الصفة صورتان:

إحداهما: يثبت الخيار فيها بلا خلاف مثل: أن يشترط الأعلى فيبين أدنى. مثل: أن يشترط كون المبيع مسلماً أو بِكراً أو جعداً أو ذا صنعة فيظهر كافراً أو ثيباً أو سبطاً أو لا صنعة له.

وثانيهما: أن يشترط الأدنى فيظهر أعلا. مثل: أن يشترط كونه كافراً أو ثيباً أو سبطاً أو لا صنعة له فيظهر مسلماً أو بكراً أو جعداً أو له صنعة فهـذا لا خيـار لـه لأنه زاده خيراً.

وقيل: يثبت الخيـار فيمـا إذا شـرط الكفـر والثيوبـة لأن طـالب الكـافر أكـثر لصلاحيته للمسلم وغيره فيكون ثمنه أكـثر، وشـرط الثيوبـة قـد يكـون لعجـزه عـن البِكر فإذا كانت بكراً يفوت قصده.

وأما كون الخيار يثبت بتغير ما تقدمت رؤيته مثل: أن يكونا قد رأيا مبيعاً ثـم عُقد البيع بعد ذلك فوجده المشتري قد تغير كعبد قطعت يده وثوب فصل وما أشبه ذلك؛ فلأن تغيّر ذلك كالخلف في الصفة.

وأما قول المصنـف رحمـه الله: وقـد ذكرنـاه ففيـه تنبيـه علـى أن ذلـك تقـدم ذكره. والخُلف في الصفة مذكور في بـاب الشـروط في البيـع في الصحيـح منهـا[1]، وتغير ما تقدمت رؤيته مذكور في الفصل السادس من كتاب البيع[2].

(١) ص: ٥٨.
(٢) ص: ٣٥.

فصل [في البيع قبل القبض]

قال المصنف رحمه الله: **(ومن اشترى مكيلاً أو موزوناً لم يجز بيعه حتى يقبضه، وإن تلف قبل قبضه فهو من مال البائع إلا أن يتلفه آدمي فيتخير المشتري بين فسخ العقد وبين إمضائه ومطالبة متلفه بالقيمة[1]. وعنه: في الصُّبْرة المتعينة أنه يجوز بيعها قبل قبضها، وإن تلفت فهي من مال المشتري.**

وما عدا المكيل والموزون يجوز التصرف فيه قبل قبضه، وإن تلف فهو من مال المشتري. وذكر أبو الخطاب أنه كالمكيل والموزون في ذلك).

أما كون من اشترى مكيلاً أو موزوناً لا يجوز له بيعه حتى يقبضه على المذهب فـ «لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه»[2] متفق عليه.

وقال: «من ابْتَاعَ طعاماً فلا يَبِعْهُ[3] حتى يَستَوفِيه»[4].

وعن ابن عمر: «رأيت الذين يشترون الطعام مُجازَفَةً يُضربون على عهد رسول الله ﷺ أن يَبيعوه حتى يُؤْوُوهُ إلى رِحالهم»[5] متفق عليه.

---

(١) في هـ: بدله.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٢٨) ٢: ٧٥١ كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٥) ٣: ١١٦٠ كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

(٣) في هـ: بيعه.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٢٩) ٢: ٧٥١ كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٦) ٣: ١١٦٠ كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٢٤) ٢:٧٥٠ كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٧) ٣: ١١٦١ كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

وعنه قال[1] : « كنا نشتري الطعام من الركبان جِزافاً فنهانا رسول الله ﷺ أن نَبيعَهُ حتى نَنْقُلَه »[2] رواه مسلم.

وكان الطعام مستعملاً يومئذ غالباً فيما كان مكيلاً أو موزوناً[3] .

وأما كون الصبرة المتعينة يجوز بيعها قبل قبضها على روايةٍ ؛ فلأن التعيين كالقبض.

ولأن ابن عمر قال : « ما أدْرَكتِ الصّفقَةُ حَيّاً مجموعاً فهو من مَال المشتري »[4] .

وأما كون ما عدا المكيل والموزون يجوز التصرف فيه قبل قبضه على المذهب ؛ فلأن تخصيص النهي بالمكيل والموزون يدل على نفي الحكم عما عداه.

وأما كونه كالمكيل والموزون على روايةٍ فلما روي عن النبي ﷺ « أنه نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار »[5] رواه أبو داود.

وقال ابن عباس : « أحسبُ كل شيءٍ بمنزلةِ الطعام »[6] .

ولأنه لم يتم ملكه عليه أشبه المكيل.

قال المصنف في الكافي : الأول المذهب ، والذي يقتضيه الدليل أن يكون الصحيح أن ما كان مطعوماً لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء كان مكيلاً أو موزوناً أو

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠١٧) ٢: ٧٤٧ كتاب البيوع، باب ما ذكر في الأسواق.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٧) ٣: ١١٦١ كتاب البيوع، باب بطلان المبيع قبل القبض. واللفظ له.

(٣) في هـ: موزناً.

(٤) ذكره البخاري معلقاً ٢: ٧٥١ في كتاب البيوع، باب إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع...

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٩٩) ٣:٢٨٢ كتاب البيوع، باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٢٨) ٢: ٧٥١ كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض... بلفظ: « ... ولا أحسب كل شيء إلا مثله ».
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٥) ٣: ١١٦٠ كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض. واللفظ له.

لم يكن. وحكى ذلك رواية عن أحمد وعللها بما تقدم من الأحاديث. ويؤيده قول ابن عبد البر: الأصح عن أحمد بن حنبل أن الذي يُمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام.

وأما ما يكون من ضمان بائعه إذا تلف قبل قبضه فعلى ضربين:

أحدهما: ما يتلف بأمر سماوي فينظر فيه فكل ما لا يجوز للمشتري بيعه يكون من ضمان بائعه «لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن»[1]. والمراد به ربح ما بيع [قبل القبض؛ لأن ربح ما بيع][2] بعده من ضمان المشتري وفاقاً.

ولأن ذلك لو كان من ضمان المشتري لجاز بيعه والتصرف فيه كما بعد القبض، وما يجوز له بيعه لا يكون من ضمان بائعه لأن ما يجوز للمشتري بيعه تصرفه فيه تام فلم يكن من ضمان بائعه كالمقبوض.

ولأن جواز بيعه يعتمد وجود ما يقوم مقام القبض فيجب أن يقوم مقامه في عدم ضمان البائع له.

وثانيهما: ما يتلف بإتلاف آدميٍّ فينظر فيه فإن كان المشتري المتلف استقر الثمن عليه لأن ذلك كالقبض، وإن كان أجنبياً خُيّر المشتري بين فسخ العقد والرجوع بالثمن وبين إمضائه والرجوع على المتلِف بمثله إن كان مثلياً وإلا بقيمته؛

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٠٤) ٣: ٢٨٣ كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٤) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٣١) ٧: ٢٩٤ كتاب البيوع، شرطان في بيع ونهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة إلى شهر بكذا...
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٨٨) ٢: ٧٣٧ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن.
وأخرجه أحمد في مسنده (٦٦٢٨) ٢: ١٧٥.

(٢) سقط من هـ.

لأن الإتلاف كـالعيب وقـد حصـل في موضـع يـلزم البـائع ضمانـه فكـان لـه الخيـار كالعيب في المبيع[1].

وإن كان المتلف البائع فحكمه حكم الأجنبي لأنه أتلفه من يلزمه ضمانه أشبه الأجنبي.

فإن قيل: لو تلف في يده ضمنه بحكم عقد البيع فوجـب أن يضمنـه إذا أتلفـه كذلك.

قيل: إذا تلف في يده لم يوجد مقتض للضمان سوى حكم العقد بخـلاف مـا إذا أتلفه.

قال: **(ويحصل القبض فيما يبع بالكيل والوزن بكيله ووزنـه، وفي الصَّبُرة وما ينقل بالنقل، وفيما يُتناول بالتناول، وفيما عـدا ذلـك بالتخليـة. وعنـه: أن قبض جميع الأشياء بالتخلية مع التمييز)**.

أما كون القبض فيما يبع بما ذكر يحصل بما تقـدم ذكـره أولاً علـى المذهـب؛ فلأن قبض كل شيء بحسبه لأن القبض مطلـق في الشـرع فيجـب الرجـوع فيـه إلى العرف كالإحياء والإحراز.

وأما كون قبض جميع الأشياء بالتخلية مع التمييز على روايةٍ [فـلأن][2] ذلـك قبض في العقار فليكن في جميع المبيع كذلك بالقياس عليه.

والأول هو الصحيـح؛ لمـا روى أبـو هريـرة أن رسـول الله ﷺ قـال: «مـن اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله»[3] أخرجه مسلم.

---

(١) في و: المعيب.

(٢) زيادة يقتضيها السياق.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٨) ٣: ١١٦٢ كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

وعن عثمان بن عفان رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إذا بِعتَ فَكِلْ، وإذا ابتَعْتَ فاكتَل»[1] رواه البخاري.

وروي «أن النبي ﷺ نهى عن بيعِ الطعامِ حتى يجريَ فيه الصاعانِ: صاعُ البائعِ وصاعُ المشتري»[2].

وروى ابن عمر: «كانوا يُضربون على عهد رسول الله ﷺ إذا اشتَرَوا الطعام جِزافاً أن يَبيعوه حتى يُؤوُوه»[3].

وفي لفظ: «كنا نبتاع الطعام جِزافاً فيَبعثُ علينا من يَأمُرُنا بانتقالِه من مَكانه الذي ابتعناه إلى مكانٍ سِواه قبلَ أن نَبيعه»[4].

وفي لفظ: «فنهانا أن نَبيعه حتى نَنْقُلَه»[5] رواهن مسلم.

وجه الحجة من هذه الأحاديث أنه جعل قبض المبيع كيلاً الكيل وقبض المبيع جزافاً النقل وذلك يدل على أن القبض يختلف.

إذا تقرر هذا فقبض المكيل الكيل لما تقدم والموزون الوزن لأنه في معناه. والمراد بالمكيل ما بيع بالكيل وبالموزون ما بيع بالوزن لا ما كان مكيلاً في نفسه أو موزوناً لأن النبي ﷺ جعل قبض المبيع جزافاً النقل مع كونه مكيلاً وقد جاء في

(١) ذكره البخاري في صحيحه تعليقاً ٢: ٧٤٨ كتاب البيوع، باب الكيل على البائع والمعطي.
وأخرجه أحمد في مسنده (٥٦٠) ١: ٧٥.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٢٨) ٢: ٧٥٠ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض. قال في الزوائد: في إسناده محمد بن عبدالرحمن بن أبي ليلى، أبو عبدالرحمن الأنصاري، وهو ضعيف.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٢٨.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠١٧) ٢: ٧٤٧ كتاب البيوع، باب ما ذكر في الأسواق.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٧) ٣: ١١٦٠ كتاب البيوع، باب بطلان المبيع قبل القبض. واللفظ له.

(٥) سبق تخريجه ص: ١٢٩.

حديثٍ مصرحاً به عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا سَميتَ الكيلَ فَكِلْ»[1] رواه الأثرم. فيحمل المطلق على المقيد.

وقبض الصبرة وما ينقل كالثياب والحيوان النقلُ: أما الصبرة فلما تقدم من حديث ابن عمر.

وأما سائر ما ينقل فبالقياس عليه لأنه في معناه.

وقبض ما لا ينقل كالعقار بالتخلية لأنه لا يمكن فيه أكثر من ذلك.

قال: **(والإقالة فسخ يجوز في المبيع قبل قبضه، ولا يستحق بها شفعة، ولا يجوز إلا بمثل الثمن. وعنه: أنها بيع فلا يثبت فيها ذلك إلا بمثل الثمن في أحد الوجهين)**.

أما كون الإقالة فسخاً على المذهب؛ فلأن الإقالة هي الرفع والإزالة يقال: أقالك الله عثرتك أي أزالها وذلك عين الفسخ.

وأما كونها بيعاً على روايةٍ؛ فلأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج منها فكان بيعاً كالأول.

ولأنه[2] نقل للملك بعوض على وجه التراضي فكان بيعاً كالأول.

والأول هو الصحيح لما ذكر.

ولأن الإجماع على أن للمسلِم أن يقيل المسلم في جميع المسلم فيه مع إجماعهم على نهيه ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه[3] دليل على أن الإقالة ليست بيعاً.

ولأنها تتقدر بالثمن الأول ولو كانت بيعاً لم تتقدر به لأنه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان فسخاً كالرد بالعيب.

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٣٠) ٢: ٧٥٠ كتاب التجارات، باب بيع المجازفة.

(٢) في هـ: ولأن.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٢٨.

وفائدة الخلاف ما ذكره المصنف رحمه الله من أنها تجوز في المبيع قبل قبضه ولا يستحق بها شفعة ولا تجوز إلا بمثل الثمن الأول إن قيل هي فسخ.

أما كونها تجوز في المبيع قبل القبض؛ فلأنها فسخ والفسخ لا يعتبر فيه القبض كالرد بالعيب والفسخ بالخيار والتدليس.

وأما كونها لا يستحق بها شفعة؛ فلأن العقد الذي يستحق به الشفعة البيع ولا بيع.

وأما كونها لا تجوز إلا بمثل الأول قدراً ونوعاً؛ فلأن العقد إذا ارتفع رجع كل واحد منهما بما كان له.

وأما كونها[1] لا يثبت فيها ذلك إلا بمثل الثمن إن قيل هي بيع لأن بيع المبيع لا يجوز قبل قبضه والشفعة تستحق لبقاء نقل الملك بل تتأكد لأن النقل تكرر.

ولا يثبت ذلك في الثمن في وجهٍ لأن ذلك بيع فلم يشترط فيه المثل كسائر البياعات، ويثبت فيه في وجهٍ لأن الإقالة خصت بمثل الثمن كالتولية وكما اختصت المرابحة بالربح.

---

(١) في هـ: وأنها.

باب الربا والصرف

الربا في اللغة: الزيادة. قال الله تعالى: ﴿فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت﴾ [فصلت:٣٩] أي زادت.

وقال تعالى: ﴿أن تكون أمةٌ هيَ أربَى من أمة﴾ [النحل:٩٢] أي أكثر عدداً.

وفي الشرع: الزيادة في أشياء مخصوصة.

وهو محرم بالكتاب، والسنة، والإجماع: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥] وما بعدها من الآيات.

وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «اجتَنِبُوا السبعَ الموبقاتِ. قيل: يا رسول الله! ما هنّ؟ قال: الشركُ بالله، والسحرُ، وقتلُ النفسِ التي حرمَ اللهُ إلا بالحقِ، وأكلُ الرّبا، وأكلُ مالِ اليتيمِ، والتولّي يومَ الزحفِ، وقذفُ المحصناتِ الغافلاتِ المؤمنات»[1].

وروي عن النبي ﷺ «أنه لعنَ آكلَ الرّبا، ومُوكِلَهُ، وشاهدَيه، وكَاتِبَه»[2] متفق عليهما.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٦١٥) ٣: ١٠١٧ كتاب الوصايا، باب قول الله تعالى: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً﴾.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٨٩) ١: ٩٢ كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٣٢) ٥: ٢٠٤٥ كتاب الطلاق، باب مهر البغي والنكاح الفاسد. ولم يذكر: «وشاهديه وكاتبه».
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٩٨) ٣: ١٢١٩ كتاب المساقاة، باب لعن آكل الربا وموكله. واللفظ له.

وأما الإجماع فأجمعت الأمة على تحريم الربا في الجملة.

والصرف: عبارة عن بيع الدراهم بالدنانير أو بالعكس. وله شروط ستذكر إن شاء الله تعالى.

قال المصنف رحمه الله: **(وهو نوعان: ربا الفضل، وربا النسيئة: فأما ربا الفضل فيحرم في الجنس الواحد من كل مكيل أو موزون وإن كان يسيراً كتمرة بتمرتين وحبة بحبتين. وعنه: لا يحرم إلا في الجنس الواحد من الذهب والفضة وكل مطعوم. وعنه: لا يحرم إلا في ذلك إذا كان مكيلاً أو موزوناً)**[1].

أما قول المصنف رحمه الله: وهو نوعان فعائد إلى الربا.

وأما كونه نوعين؛ فلأن[2] منه ما يحرم فيه التفاضل ومنه ما يحرم فيه النسيئة.

وأما كون ربا الفضل يحرم؛ فلأنه ربا فيدخل فيما تقدم ذكره في أول الباب.

فإن قيل: فقد قال عليه السلام: «لا رِبا إلا في النَّسيئَة»[3] رواه البخاري.

قيل: الحديث يحمل على الجنسين بدليل ما تقدم من الأحاديث. ثم هو مرجوح بالنسبة إلى ما تقدم لأنه مجمل وما تقدم مفصل. ويؤيده ما روى عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ أنه قال: «الذهبُ بالذهبِ مِثلاً بمثل، والتمرُ بالتمرِ مِثلاً بمثل، والبُرّ بالبُرِّ مِثلاً بمثل، والمِلحُ بالملحِ مِثلاً بمثل، والشعيرُ بالشعيرِ مِثلاً بمثل فمن زَاد أو ازْدَادَ فقد أرْبَا»[4]. [رواه مسلم][5].

---

(١) في هـ: موزناً.

(٢) في هـ: فلأنه.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٦٩) ٢: ٧٦٢ كتاب البيوع، باب بيع الدينار بالدينار نساءً.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٩٦) ٣: ١٢١٨ كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٧) ٣: ١٢١١ كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً.

(٥) زيادة من ج.

وأما كون ربا الفضل يحرم في الجنس الواحد من كل مكيل أو موزون على المذهب ؛ فلأن علة المكيل كونه مكيل جنس وعلة الموزون كونه موزونِ جنس لأن أنساً روى عن النبي ﷺ أنه قال : « وما وزن مثلاً بمثل إذا كان نوعاً واحداً ، وما كيل مثلاً بمثل إذا كان نوعاً واحداً » .

ولأن قضية البيع المساواة[1] ، والمؤثر في تحقيقها الكيل أو الوزن مع الجنس ؛ لأن الكيل أو الوزن يسوي بينهما صورة والجنس يسوي بينهما معنى فكانا علة .

ولأن الزيادة في الكيل محرمة دون الزيادة في غيره بدليل بيع الثقيلة بالخفيفة .

وأما كون ذلك يحرم وإن كان يسيراً كتمرة بتمرتين وحبة بحبتين كالكثير فلاشتراكهما في الزيادة الموجبة للتحريم .

وأما كون ذلك لا يحرم إلا في الجنس الواحد من الذهب والفضة وكل مطعوم على روايةٍ ؛ فلأن العلة في الذهب والفضة الثمينة وفيما عداهما الطعم .

أما كون العلة في الذهب والفضة الثمينة ؛ فلأن الثمينة وصف شريف إذ به قوام الأموال .

ولأن العلة لو كانت فيهما الوزن لما جاز إسلامهما في الموزونات لأن أحد وصفي علة ربا الفضل تكفي في تحريم النسيئة .

وأما كون العلة فيما عداهما الطعم فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل »[2] رواه مسلم .

ولأن الطعم وصف شريف إذ به قوام الأبدان .

---

(١) في هـ: المواساة.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٩٢) ٣: ١٢١٤ كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل.

وأما كون ذلك لا يحرم إلا في المطعوم إذا كان مكيلاً أو موزوناً ؛ فلأن العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس مكيلاً أو موزوناً لأن الطعم وكل واحد من وصفي الكيل والوزن له أثر فيجب التعليل به .

والأولى هي الصحيحة في المذهب لما تقدم .

وروى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فإني أخاف عليكم الربا »[1] رواه الإمام أحمد .

ولأن الطُّعم لو كان علة لجرى الربا في الماء لكونه مطعوماً قال الله تعالى : ﴿ومن لم يطعمه فإنه مني﴾ [البقرة:٢٤٩] ، ونهيه عليه السلام عن الطعام إلا مثلاً بمثل محمول على المطعوم المكيل أو الموزون، وكون الطعام وصفاً شريفاً ينافي تحريم البيع معه لأنه شرف من حيث تعلق الحاجة به وذاك يقتضي الإطلاق في التوصل إليه وشراءه بكل طريق ممكن ليحصل قوام البنية ويتمكن من العبادات.

فعلى هذا كلما كيل أو وزن[2] يحرم التفاضل بينه وبين جنسه وإن لم يكن مطعوماً كالأشنان والنورة والقطن وما أشبه ذلك.

وعلى الرواية الثانية يحرم التفاضل في الذهب والفضة وفي كل مطعوم وإن لم يكن مكيلاً ولا موزوناً كالسفرجل وما أشبه ذلك.

وعلى الرواية الثالثة يحرم التفاضل في المطعوم المكيل والموزون كالزبيب ولا يحرم في المطعوم غير المكيل والموزون كالسفرجل وما أشبهه، ولا في المكيل أو الموزون غير المطعوم كالحديد والأُشنان وما أشبههما.

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٥٨٨٥) ٢: ١٠٩.

(٢) في هـ: ووزن.

قال: **(ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزناً، ولا ما أصله الوزن كيلاً، فإن اختلف الجنس جاز بيع بعضه ببعض كيلاً ووزناً وجزافاً)**.

أما كون ما أصله الكيل لا يباع بشيء من جنسه وزناً؛ فلأن العبرة بالكيل في المكيل فلم يجز بيعه بغيره لما تقدم من اشتراط الكيل.

ولأنه يروى عن النبي ﷺ: « الذهب بالذهب وزناً بوزن ، والفضة بالفضة وزناً بوزن ، والبُر بالبُر كيلاً بكيل » . رواه الأثرم في حديث عبادة. ورواه أبو داود ولفظه: « البر بالبر مُدْيٌ بمُدْيٍ، والشعير بالشعير مديٌ بمديٍ، والملح بالملح مديٌ بمديٍ، فمن زاد أو ازداد فقد أربا»[1] .

وأما كون ما أصله الوزن لا يباع بشيء من جنسه كيلاً؛ فلأن العبرة بالوزن في الموزون فلم يجز بيعه بالمكيل للمعنى المذكور في بيع ما أصله الكيل.

وأما كون البيع يجوز كيلاً ووزناً وجزافاً إذا اختلف الجنس؛ فلأن النبي ﷺ قال: «فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم »[2] .

ولأنه يجوز التفاضل في ذلك وغاية ما يقدر في البيع المذكور حصول التفاضل وذلك جائز في الجنسين.

وقال المصنف في المغني: ذهب كثير من أصحابنا إلى تحريم ذلك.

قال ابن أبي موسى: لا خير فيما يكال بما يكال جزافاً، ولا فيما يوزن بما يوزن جزافاً اتفقت الأجناس أم اختلفت. ولا بأس ببيع المكيل بالموزون جزافاً. وقال ذلك القاضي والشريف أبو جعفر واحتج له بما روى أبو بكر « أن النبي ﷺ

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٤٩) ٣:٢٤٨ كتاب البيوع، باب في الصرف.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٧) ٣: ١٢١١ كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥٠) ٣: ٢٤٨ كتاب البيوع، باب في الصرف. ولفظهما: « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم... ». من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازفة »، وهذا طعام . والحديث الذي رواه مسلم فيما تقدم[1] .

ولأنه بيع طعام بطعام أشبه الجنس الواحد .

والأول أصح لما تقدم من قوله : « فإذا اختلفت هذه الأصناف[2] فبيعوا كيف شئتم يداً بيد »[3] .

ولأنه يجوز التفاضل فيه فجاز جزافاً من الطرفين كالمكيل بالموزون .

ولأن حقيقة التفاضل لا تمنع فإنه يجوز أن يبيع مد حنطة بأمداد شعير وشبههما فالجهل به أولى أن لا يكون مانعاً .

والحديث المذكور المراد به الجنس الواحد ولهذا جاء في بعض ألفاظه : « نَهى أن تُباعَ الصَبرة لا يعلمُ مَكيلُها من التمر »[4] .

والظاهر أن الحديثين واحد ، وإنما اختلفت ألفاظه . ثم هو مخصوص بالمكيل بالموزون فيقاس عليه محل النزاع .

قال : **(والجنس ما له اسم خاص يشمل أنواعاً كالذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح ، وفروع الأجناس أجناس كالأدقة والأخباز والأدهان)** .

أما قول المصنف رحمه الله : والجنس ما له اسم خاص يشمل أنواعاً ؛ فبيان لمعنى الجنس لأنه لما تقدمت التفرقة بين الجنس والجنسين دعت الحاجة إلى تبيين الجنس .

---

(١) وهو قوله : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل » . وقد سبق تخريجه ص: ١٣٧ .

(٢) في هـ: الأجناس.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٣٩ .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٠) ٣: ١١٦٢ كتاب البيوع، باب تحريم بيع صبرة التمر المجهولة القدر بتمر. وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٤٧) ٧: ٢٦٩ كتاب البيوع، بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر.

والفرق بينه وبين النوع أن الجنس هو الشامل لأشياء كثيرة مختلفة بأنواعها، والنوع هو الشامل لأشياء كثيرة مختلفة بأشخاصها؛ فأنواع الذهب : المصري، والأتابكي ،والصوري. وأنواع الفضة : الكاملي، والناصري، والظاهري. وأنواع البر : الحوراني، والسوادي، والغوطي، وما أشبه ذلك. وأنواع الشعير : المسدس، والرومي، ونحو ذلك. وأنواع الملح : التدمري، والجثولي، وما أشبه ذلك.

وأما قول المصنف رحمه الله : كالذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح فتصريح بأشياء لكل واحد منها اسم خاص يشمل أنواعاً.

وأما كون فروع الأجناس أجناساً كدقيق القمح ودقيق الشعير وخبز القمح وخبز الشعير ودهن اللوز ودهن الجوز؛ فلأن الفروع تبع للأصل فلما كانت أصول هذه أجناساً وجب أن تكون هذه أجناساً إلحاقاً للفروع بأصولها.

قال: **(واللحم أجناس باختلاف أصوله. وعنه : جنس واحد، وكذلك اللبن. وعنه : في اللحم أنه أربعة أجناس : لحم الأنعام، ولحم الوحش، ولحم الطير، ولحم دواب الماء. واللحم والشحم والكبد أجناس)**.

أما كون اللحم أجناساً باختلاف أصوله على المذهب؛ فلأنه إذا اختلف أصله فروعُ أصول هي أجناس فكانت أجناساً كالأدقة والأخباز.

وأما كونه جنساً واحداً على روايةٍ؛ فلأنه اسم تحته أنواع فكان جنساً واحداً كالطلع.

وأما كونه أربعة أجناس كما ذكر المصنف على روايةٍ؛ فلأن الحيوانات المذكورة تختلف في المنفعة والقصد والأكل فكانت أجناساً. وصحح القاضي هذه الرواية قاله المصنف في المغني. ونصر ابن عقيل الأول.

وقال المصنف رحمه الله في المغني: وهو الأشبه بالأصول فإن كثيراً من المشتركات في[1] الأسماء مختلفة الأجناس لاختلاف أصولها كما تقدم.

فعلى هذا لحم الإبل جنس بخاتيها وعِرَابها. والبقر جنس عِرَابها وجواميسها. والغنم جنس ضأنها، ومعزها. والوحش أجناس بقرها جنس وغنمها جنس وظباؤها جنس. وكل ما له اسم يخصه تحته أنواع جنس والطير أجناس.

وأما كون اللبن فيه روايتان:

إحداهما: أنه يختلف كأصوله.

والثانية: أنه جنس واحد فلما ذكر في اللحم.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله أنه لا تجري الرواية الثالثة في اللحم في اللبن لأنه عطفه على الروايتين في اللحم ثم خصص اللحم رواية ثالثة.

وقال في الكافي بعد ذكره الروايات الثلاث في اللحم: وفي الألبان من القول مثل ما في اللحم لأنها من الحيوانات يتفق اسمها أشبهت اللحم.

وظاهر هذا أن في اللبن الروايات الثلاث وهو أظهر لاتحادهما في المعنى.

وأما كون اللحم والشحم والكبد أجناساً؛ فلأنها مختلفة في الاسم والخلقة فكانت أجناساً كالإبل والبقر والغنم.

قال: **(ولا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه، وفي بيعه بغير جنسه وجهان)**.

أما كون بيع لحم بحيوان من جنسه كلحم إبل بإبل وغنم بغنم وما أشبههما لا يجوز فـ «لأن النبي ﷺ نهى عن بيعِ اللحمِ بالحيوان»[2].

وروي عنه أنه عليه السلام: «نهى أن يباع حي بميت».

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٦٤) ٢: ٥٠٧ كتاب البيوع، باب بيع الحيوان باللحم. قال ابن عبدالبر: لا أعلمه يتصل من وجه ثابت.

ولأنه نوع فيه الربا بيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز كبيع السمسم بالشيرج.

وأما كون بيع لحم بحيوان من غير جنسه كلحم إبل بغنم ولحم غنم ببقر لا يجوز في وجهٍ فلعموم ما تقدم.

وروي عن ابن عباس «أن جزوراً نحرت على عهد أبي بكر رضي الله عنه[1] فجاء رجل بعناق فقال: أعطوني جزءاً بهذا العناق. فقال: لا يصلح هذا».

وهل يشترط في غير الجنس كونه مأكولاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: يشترط. ذكره أبو الخطاب في رؤوس المسائل.

والثاني: لا يشترط. فلا يجوز بيع لحم غنم وشبهه بحمار ونحو ذلك لدخوله في عموم ما تقدم.

وصحح صاحب النهاية فيها الأول وعلله بأن المنع إنما كان لأجل الربا فإذا لم يكن مأكولاً لم توجد العلة فوجب أن يزول الحكم لزوال علته. وجعله المصنف في المغني ظاهر قول أصحابنا.

وأما كون بيع لحم بحيوان من غير جنسه يجوز في وجهٍ؛ فلأن النهي عن بيع اللحم بالحيوان إنما كان لاشتمال الحيوان على جنس اللحم؛ لأن ذلك يؤدي إلى الربا فإذا لم يكن من جنسه وجب الجواز لزوال العلة المقتضية للتحريم.

وقيل: هذان الوجهان مبنيان على كون جميع اللحم جنساً أو أجناساً. فإن قيل: جميعها جنس واحد لم يجز بيع اللحم بالحيوان مطلقاً، وإن قيل: أجناس جاز لأن التفاضل مع اختلاف الجنس لا يضر.

قال: **(ولا يجوز بيع حب بدقيقه ولا سويقه في أصح[2] الروايتين)**.

---

(١) في هـ: عهد رسول الله ﷺ.

(٢) ساقط من هـ.

أما كون بيع حب بدقيقه أو سويقه لا يجوز في روايةٍ ؛ فلأن كل واحد مكيل ويشترط في بيع المكيل بجنسه التساوي وهو متعذر هنا لأن أجزاء الحب تنتشر بالطحن .

وأما كونه يجوز في روايةٍ ؛ فلأن الدقيق نفس الحب وإنما تكسرت أجزاؤه فجاز بيع البعض بالبعض كالحب المكسر بالصَّحاح .

فعلى هذا تعتبر المساواة بالوزن لأن الكيل لا يحصل به التساوي لما ذكر .

وأما كون الأصح أنه لا يجوز فلما تقدم .

ولأن التساوي بالكيل متعذر بخلاف المكسر بالصحاح فإن الكيل غير متعذر .

واعتبار الوزن فيما هو مكيل لا يصح لما تقدم في بيع المكيل وزناً وبعكسه .

قال : **(ولا يجوز بيع نيئه بمطبوخه ، ولا أصله بعصيره ، ولا خالصه بمشوبه ، ولا رَطْبه بيابسه)** .

أما كون بيع نيء الشيء بمطبوخه كالحنطة بالهريسة أو بالحريرة أو بالنشاء أو ما أشبه ذلك لا يجوز ؛ فلأن النار تعقد أجزاء المطبوخ وتنفخها فلا يحصل التساوي .

وأما كون بيع أصله بعصيره كالسمسم بالشيرج والزيتون بالزيت وما أشبه ذلك لا يجوز ؛ فلأنه مال ربا بيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز كبيع اللحم بالحيوان .

وأما كون بيع خالصه بمشوبه لا يجوز كلبن لا ماء فيه بلبن مخلوط بماء لا يجوز فلانتفاء التساوي المشترط .

وأما كون بيع رَطْبه ييابسه كبيع الرطب بالتمر فـ « لأن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر . فقال : أينقص الرطب[1] إذا ييس؟ فقالوا : نعم . فقال : لا إذاً »[2] . علل بالنقصان إذا يبس وهو موجود في كل رطب بِيع ييابسه .

قال : **(ويجوز بيع دقيقه بدقيقه إذا استويا في النعومة ، ومطبوخه بمطبوخه ، وخبزه بخبزه إذا استويا في النشاف ، وعصيره بعصيره ، ورطبه برطبه)** .

أما كون بيع جميع ذلك بما ذكر يجوز ؛ فلأنه متساو في الحال على وجهٍ لا ينفرد أحدهما بالنقصان في ثاني الحال فوجب أن يجوز كبيع التمر بالتمر .

وأما قول المصنف رحمه الله : في الدقيق إذا استويا في النعومة فتنبيه على اشتراط التساوي في النعومة؛ لأن الكيل يسع من الخشن أكثر من الناعم لتفرق أجزاء الناعم فلا يحصل التساوي المشترط .

وأما قوله في المطبوخ والخبز إذا استويا في النشاف فتنبيه على اشتراط التساوي في النشاف لأن أحدهما إذا كان أكثر رطوبة من الآخر[3] لا يحصل التساوي المشترط .

قال : **(ولا يجوز بيع المحاقلة . وهو : بيع الحب في سنبله بجنسه ، وفي بيعه بغير جنسه وجهان ، ولا المزابنة . وهو : بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر ، إلا في العرايا . وهي : بيع الرطب في رؤوس النخل خرصاً بمثله من التمر كيلاً فيما دون خمسة أوسق لمن به حاجة إلى أكل الرطب ولا ثمن معه ويعطيه من التمر مثل**

---

(١) ساقط من هـ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥٩) ٣: ٢٥١ كتاب البيوع، باب في التمر بالتمر.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٢٥) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٤٦) ٧: ٢٦٩ كتاب البيوع، اشتراء التمر بالرطب.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٦٤) ٢: ٧٦١ كتاب التجارات، باب بيع الرطب بالتمر.
وأخرجه مالك في الموطأ (٢٢) ٢: ٤٨٥ كتاب البيوع، باب ما يكره من بيع التمر.

(٣) في هـ: الإجزاء.

ما يؤول إليه ما في النخل عند الجفاف . وعنه : يعطيه مثل رطبه ، ولا يجوز في سائر الثمار في أحد الوجهين) .

أما كون بيع المحاقلة لا يجوز فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيعِ المحاقَلة »[1] . والنهي يقتضي التحريم والفساد .

ولأن الحب إذا بيع بجنسه لا يعلم مقداره بالكيل ، والجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهو بيع الحب في سنبله بجنسه فتفسير لبيع المحاقلة .

قال أبو عبيد : المحاقلة بيع الزرع في سنبله بالبر .

وأما كون بيع الحب في سنبله بغير جنسه لا يجوز في وجهٍ ؛ فلأن بيع زرع الحنطة بحنطة إنما سمي محاقلة لأنه في الحقل وهذا المعنى موجود في غيره مما ذكرنا فيجب أن يدخل فيه .

قال الأزهري : والحقل القراح المزروع .

وأما كونه يجوز في وجهٍ ؛ فلأن تفسير أبي عبيد الحديث يدل على ذلك لأنه قال : المحاقلة بيع الزرع في سنبله بالبر .

ولأن النهي لخوف التفاضل المحرم وهو منتف في الجنسين .

وأما كون بيع المزابنة إذا لم يكن عرايا [لا يجوز][2] ؛ فـ « لأن النبي ﷺ نهى

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٩٣) ٢: ٧٦٨ كتاب البيوع، باب بيع المخاضرة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٦) ٣: ١١٧٤ كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة...

(٢) زيادة يقتضيها السياق.

عن المزابنة »[1] ، والنهي يقتضي التحريم والفساد . ترك العمل بـه في العرايـا لمـا يـأتي فيبقى فيما عداه على مقتضاه .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهو بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر فتفسير لبيع المزابنة المحرم . وفي الحديـث أن ابـن عمـر قـال : « نهـى النبي ﷺ عـن المُزابَنـةِ . والمزابنةُ بيعُ ثمرِ النخلِ بالتمرِ كيلاً »[2] رواه مسلم .

وأما كون بيع العرايا يجوز فلما روى أبو هريرة « أن رسول الله ﷺ رخّـص في العرية في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق »[3] متفق عليه .

وأما ما يشترط لجواز بيع العرايا فأمور :

أحدها : أن يكون الرطب على رؤوس النخل فلو كان علـى وجـه الأرض لم يجز لأن الرخصة وردت في بيعه على رؤوس النخل ليؤخذ شيئاً فشيئاً .

وثانيها : أن يكون البيع بخرصها مـن التمـر لا أقـل ولا أكـثر « لأن النبي ﷺ رخص لهم أن يبتاعوا العرية بخرصها من التمر »[4] متفق عليه .

وفي معنى الخرص روايتان :

إحداهما : ينظر كم يجيء منها تمر فيبيعها بمثله لأنه يخرص في الزكاة كذلك .

---

(١) سيأتي تخريجه في الحديث الآتي.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٧٣) ٢: ٧٦٣ كتاب البيوع، باب بيع المزابنة...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤٢) ٣: ١١٧١ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

(٣) أخرجه البخـاري في صحيحـه (٢٠٧٨) ٢: ٧٦٤ كتـاب البيـوع، بـاب بيـع الثمـر على رؤوس النخـل بـالذهب والفضة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤١) ٣: ١١٧١ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٥٣) ٢: ٨٣٩ كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شـرب في حـائط أو في نخل.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤٠) ٣: ١١٧٠ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

والثانية: يبيعها بمثل ما فيها من الرطب لأن الأصل اعتبار المماثلة في الحال بالكيل فإذا خولف الدليل في أحدهما وأمكن أن لا يخالف في الآخر وجب.

وثالثها: كون التمر معلوماً بالكيل لأن في بعض الألفاظ: «رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلاً»[1] متفق عليه.

ولأن الأصل الكيل من الطرفين سقط في أحدهما للتعذر فيجب في الآخر بقضية الأصل.

ولأن مع ترك الكيل من الطرفين يكثر الغرر فإذا وجد أحدهما كان الغرر أقل.

ورابعها: كون المبيع دون خمسة أوسق لما يأتي.

وعن الإمام أحمد يجوز في الخمسة لأن الرخصة ثبتت في العرية ثم نهي عما زاد على الخمسة، وشك الراوي في الخمسة في قوله: «رخص رسول الله ﷺ في العرية في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق»[2] فردت إلى أصل الرخصة.

والأول المذهب لأن الأصل تحريم الرطب بالتمر خولف فيما دون الخمسة بالخبر والخمسة مشكوك فيها فترد إلى الأصل.

وخامسها: أن يكون بالمشتري حاجة إلى أكل الرطب «لأن زيد بن ثابت حين سأله محمود بن لبيد: ما عرايا كم هذه؟ سمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكَوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٨٠) ٢: ٧٦٤ كتاب البيوع، باب تفسير العرايا.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٤) ٣: ١١٦٩ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٤٧.

وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يتبايعوا العرايا بخرصها من التمر يأكلونه رطباً »[1] متفق عليه.

ومتى خولف الأصل بشرط لم تجز مخالفته بدون ذلك الشرط.

ولأن ما أبيح للحاجة لم يبح مع عدمها كالزكاة للمساكين والرخص في السفر.

وسادسها: أن لا يكون معه ثمن غير التمر لقوله في الحديث: «ولا نقد بأيديهم».

وسابعها: أن يقبض البائع الثمن والمشتري الرطب قبل تفرقهما لأنه بيع تمر بتمر فاعتبرت فيه أحكامه. وقبض التمر بالكيل، والرطب بالتخلية؛ لأن الكيل ممكن في التمر دون الرطب.

وأما كون مثل ما ذكر لا يجوز في سائر الثمار لا يجوز في وجهٍ فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن المُزَابنةِ، الثمرِ بالتمرِ، إلا أصحاب العرايا فإنه قد أذن لهم. وعن بيع العنب بالزبيب و[عن] كل ثمر بخرصه »[2] رواه الترمذي. وقال: هذا حديث حسن.

وأما كونه يجوز في وجهٍ وهو للقاضي؛ فلأن حاجة الناس إلى رطب هذه الثمار كحاجتهم إلى الرطب فجاز قياساً على النخل.

والأول أصح؛ لما ذكر.

وعن زيد بن ثابت عن رسول الله ﷺ « أنه أرخص في بيع العرايا بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك »[3].

---

(١) أخرجه الشافعي في اختلاف الحديث (ر. فتح الباري ٤: ٤٥٩ طبعة الريان). وقول المصنف: متفق عليه وهم.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٠٣) ٣: ٥٩٦ كتاب البيوع، باب منه. وما بين المعكوفين زيادة من الجامع.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٧٢) ٢: ٧٦٣ كتاب البيوع، باب بيع المزابنة وهي بيع الثمر بالتمر...

⇦

ولأن الرخصة وردت في تمر النخيل وغيره لا يساويه في كثرة الاقتيات به وسهولة خرصه فيختص الحكم به.

قال: **(ولا يجوز بيع جنس فيه الربا بعضه ببعض، ومع أحدهما أو معهما من غير جنسهما كمد عجوة ودرهم بمدين أو بدرهمين أو بمد ودرهم. وعنه: يجوز بشرط: أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه)**.

أما كون ما ذكر لا يجوز على المذهب ويسمى مسألة مُدّ عجوة؛ فلأنه مفض إلى[1] الربا وسيبين إن شاء الله تعالى.

وأما كونه يجوز بشرط كون المفرد أكثر من الذي معه غيره كمدين بمد ودرهم، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه كمد ودرهم بمد ودرهم على روايةٍ؛ فلأن الزائد في مقابلة غير الجنس.

قال المصنف في الكافي: الأول المذهب لما روى فضالة بن عبيد قال: «أُتي رسول الله ﷺ بقلادةٍ فيها ذهب وخَرَزٌ ابتاعها [رجل] بتسعةِ دنانير. فقال النبي ﷺ: لا، حتى تميز بينهما»[2] رواه أبو داود.

ولأن الصفقة إذا جمعت[3] شيئين مختلفي القيمة انقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما. بدليل ما لو اشترى شقصاً وسيفاً فإن الشفيع يأخذ الشقص بقسطه من

⇨

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٩) ٣: ١١٦٨ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥١) ٣:٢٤٩ كتاب البيوع، باب في حلية السيف تباع بالدراهم. وما بين المعكوفين من السنن. وأصله عند مسلم مختصراً (١٥٩١) ٣: ١٢١٣ كتاب المساقاة، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب.

(٣) في هـ: أجمعت.

الثمن. فإذا قسم الثمن على القيمـة أدى إلى الربـا لأنـه إذا بـاع درهمـاً ومـداً قيمتـه درهمان بمدين قيمتهما ثلاثة حصل في مقابلة الجيد مد وثلث.

قال: **(وإن باع نوعي جنس بنـوع واحـد منـه كدينـار قراضـة وصحيـح بصحيحين جاز. أومأ إليـه أحمـد وذكـره أبـو بكـر، وعنـد القـاضي هـي كـالتي قبلها)**.

أما كون البيع في هذه المسألة يجوز على ما أومأ إليه الإمام أحمد؛ فـلأن النبي ﷺ قال: «الذهب بالذهب مثـلاً بمثل»[1]، والمماثلة المعتبرة المساواة في الـوزن. والجودة ساقطة لقول النبي ﷺ: «جيدها ورديئها سواء». واختلاف القيمـة ينبني على الجودة والرداءة.

ولأنه باع ذهباً بذهب متساوياً في الوزن فصح كما لو اتفق النوع.

وأما كونها كالتي قبلها فهي كمسألة مد عجـوة عنـد القـاضي؛ فـلأن الثمـن ينقسم على عوضه على حسب اختلافه في قيمته فكان الحكم هنا كما سبق.

والأول أصح لما سبق. والثمـن إنمـا ينقسـم على المعوض فيمـا يشتمل على جنسين أو في غير الربويات بدليل ما لو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد ورديء.

قال: **(ولا يجوز بيع تمر منزوع النوى بما نواه فيه. وفي بيع النوى بتمر فيـه النوى، واللبن بشاة ذات لبن، والصوف بنعجة عليها صوف روايتان)**.

أما كون بيع تمر منزوع النوى أي لا نوى فيه بتمر فيه نـوى لا يجـوز؛ فلأنـه يقع النوى فضلة فلا يحصل التساوي.

وأما بيع النوى بتمر فيه نوى يجوز في روايةٍ؛ فلأن النوى في التمر غير مقصود ولهذا جاز بيع التمر بالتمر.

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٣٦.

وأما كونه لا يجوز في روايةٍ؛ فلأن النوى مكيل فإذا باع كيلين نوى بكيل تمر فيه نوى لم يجز لأن التفاضل موجود.

ولأنه إذا باع نوى وتمراً بنوى فقد باع جنساً فيه الربا ومعه غيره وقد تقدم فساده.

وأما كون بيع اللبن بشاة ذات لبن، وبيع الصوف بنعجة لها صوف فيه الروايتان فلما ذكر في بيع النوى بتمر فيه نوى.

قال: **(والمَرجع في الكيل والوزن إلى عرف أهل الحجاز في زمن النبي ﷺ. وما لا عرف له به ففيه وجهان أحدهما: يعتبر عرفه في موضعه. والآخر: يرد إلى أقرب الأشياء شبهاً به بالحجاز)**.

أما كون المَرجع في الكيل والوزن إلى عرف أهل الحجاز في زمن النبي ﷺ إن كان له عرف فلقوله عليه السلام: «المكيال مكيال المدينة والميزان ميزان مكة»[1]، والنبي ﷺ إنما يُحمل قوله على تبيين الأحكام.

ولأن ما كان مكيلاً في زمن النبي ﷺ انصرف التحريم بتفاضل الكيل إليه فلا يجوز أن يتغير، وهكذا الوزن.

وأما كون ما لا عرف له بالحجاز يعتبر عرفه في بلده في وجهٍ؛ فلأن المرجع في القبض والحِرْز والتفرق إلى العرف فكذا هنا.

وأما كونه يرد إلى أقرب الأشياء شبهاً به بالحجاز في وجهٍ؛ فلأن الحوادث تُرَدّ إلى الأشبه بالمنصوص عليه فكذا هاهنا.

قال المصنف في المغني: هو القياس.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٤٠) ٣: ٢٤٦ كتاب البيوع، باب في قول النبي ﷺ: «المكيال مكيال المدينة».
وأخرجه النسائي في سننه (٢٥٢٠) ٥: ٥٤ كتاب الزكاة، كم الصاع.

فصل [في ربا النسيئة]

قال المصنف رحمه الله: **(وأما ربا النسيئة: فكل شيئين ليس أحدهما ثمناً، علة ربا الفضل فيهما واحدة؛ كالمكيل بالمكيل والموزون بالموزون لا يجوز النسأ فيهما. وإن تفرقا قبل التقابض بطل العقد)**.

أما كون ربا النسيئة لا يجوز؛ فلأنه ربا فيدخل في الأدلة المذكورة أول الباب، وفي حديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق[1] إلا مثلاً بمثل ولا تبيعوا منها غائباً بناجز»[2].

وأما كون كل شيئين ليس أحدهما ثمناً، علة ربا الفضل فيهما واحدة لا يجوز النسأ فيهما؛ فلأن النبي ﷺ قال: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد»[3].

وعن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء»[4] متفق عليه.

---

(١) في ج: لا تبيعوا الذهب بالورق ولا الورق بالذهب.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٦٨) ٢:٧٦١ كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٤) ٣:١٢٠٨ كتاب المساقاة، باب الربا.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٣٩.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٢٧) ٢: ٧٥٠ كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٦) ٣: ١٢٠٩ كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً.

وإنما اشترط كون أحدهما ليس ثمناً في كون النسأ لا يجوز لأن أحد العوضين إذا كان من الأثمان والآخر من غيرها جاز النسأ بغير خلاف لأن الشرع رخص في السلم والأصل في رأس ماله الدراهم والدنانير فلو لم يجز النسأ لانسد باب السلم في الموزون. وإنما اشترط علة ربا الفضل واحدة؛ لأنها إذا اختلفت كالمكيل بالموزون أو اتفقت كالثياب بالثياب يكون في جواز النسأ خلاف يأتي ذكره بعد إن شاء الله تعالى.

وأما قول المصنف رحمه الله: كالمكيل بالمكيل والموزون بالموزون فإشارة إلى ما فيه علة ربا الفضل على الصحيح من المذهب.

ومن جَعَل العلة الثُّمنية والطعم ينبغي أن يمثل بالمطعوم ولا حاجة له إلى قوله: ولم يكن أحدهما ثمناً؛ لأن الثمينة لا تتعدى إلى غير الذهب والفضة، ومن جعلها الوزن والطعم أو الكيل والطعم ينبغي أن يمثل بالتمر وما أشبهه.

وأما كون العقد يبطل إذا تفرقا قبل التقابض؛ فلأن ما اشترط قبضه في المجلس يبطل العقد بالتفرق قبله كالصرف.

قال: **(وإن باع مكيلاً بموزون جاز التفرق قبل القبض، وفي النسأ روايتان)**.

أما كون التفرق قبل القبض فيما ذكر يجوز؛ فلأنه لو لم يجز لكان القبض شرطاً في جميع ما يحرم في النسأ وليس كذلك لأنه لو كان كذلك لما بقي ربا نسيئة لأن العقد يفسد بعدم التقابض، والإجماع منعقد على أن من أنواع الربا ربا النسيئة.

وأما كون النسأ فيه لا يجوز في روايةٍ؛ فلأنهما مالان من أموال الربا ليس أحدهما ثمناً فلم يجز النسأ فيهما كالمكيل بالمكيل.

وأما كونه يجوز فيه في روايةٍ؛ فلأنه لم يوجد فيه أحد وصفي علة الربا. فجاز النسأ فيه؛ كالثياب بالحيوان.

قال : **(وما لا يدخلـه ربا الفضـل كالثياب والحيـوان يجوز النسأ فيهما . وعنه : لا يجوز . وعنه : لا يجوز في الجنس الواحد كالحيوان بـالحيوان ، ويجوز في الجنسين كالثياب بالحيوان)** .

أما كون ما لا يدخله ربا الفضل كالثياب والحيوان وما أشبه ذلك مما ليس فيه ربا الفضل المتقدم ذكرها يجوز النسأ فيه على المذهب ؛ فلما روى عبدا لله بن عمـرو قال : « أمرني النبي ﷺ أن أستسلف إبلاً فكنت آخذ البعير بالبعيرين إلى مجيء المصدق »[1] . [رواه أبو داود][2] . وإذا جاز في الجنس الواحد ففي الجنسين أولى .

وأما كونه لا يجوز فيهما على روايةٍ ؛ فلأنه بيع عرض بعرض فلم يجز النسأ فيهما كالعرض الذي يجري فيه ربا الفضل .

وأما كونه لا يجوز في الجنس ويجوز في الجنسين على روايةٍ ؛ فلأن سمرة روى « أن النبي ﷺ نهى عن بيعِ الحيوانِ بالحيوانِ نَسيئة »[3] قال الـترمذي : هـذا حديـث صحيح .

وذلك يدل على عدم جواز النسأ في الجنس الواحد بمنطوقه وعلى جوازه في الجنسين بمفهومه .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥٧) ٣: ٢٥٠ كتاب البيوع، باب في الرخصة في ذلك. ولفظه: « عـن عبـدا لله بـن عمرو أن رسول ا لله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً فنفذت الإبل فأمره أن يأخذ في قـلاص الصدقة فكـان يـأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة ».

(٢) زيادة من ج.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥٦) ٣: ٢٥٠ كتاب البيوع، باب في الحيوان بالحيوان نسيئة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٧) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٢٠) ٧:٢٩٢ كتاب البيوع، بيع الحيوان بالحيوان نسيئة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٧٠) ٢:٧٦٣ كتاب التجارات، باب الحيوان بالحيوان نسيئة.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٠٢٣٧) ٥: ٢١.

وحكى المصنف رحمه الله في الكافي رواية رابعة هي: أن ذلك جائز مع التساوي، غير جائز مع التفاضل في الجنس الواحد؛ لما روى جابر أن النبي ﷺ قال: «الحيوانُ اثنين بواحدٍ لا يصلحُ نسيئاً ولا بأسَ به يداً بيد»[1] قال الترمذي: هذا حديث حسن.

وعن ابن عمر «أن رجلاً قال: يا رسول الله! أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجيبة بالإبل؟ فقال: لا بأس إذا كان يداً بيد»[2] رواه الإمام أحمد في المسند.

قال: **(ولا يجوز بيع الكالئ بالكالئ وهو بيع الدين بالدين)**.

أما كون بيع الكالئ بالكالئ لا يجوز فـ «لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ»[3].

ولأن في ذلك غرراً لأنه ربما وقع ممن الدين في ذمته جحود، أو منع، أو ظهر مفلساً فلا يقدر على تسليمه.

وأما قول المصنف رحمه الله: وهو بيع الدين بالدين فتفسير لبيع الكالئ بالكالئ.

قال أبو عبيد بعد ذكر بيع الكالئ بالكالئ: هو النسيئة بالنسيئة.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٨) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٧١) ٢: ٧٦٣ كتاب التجارات، باب الحيوان بالحيوان نسيئة.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٥٨٨٥) ٢: ١٠٩.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٦٩) ٣: ٧١ كتاب البيوع.

فصل [في الصرف]

قال المصنف رحمه الله: **(ومتى افترق المتصارفان قبل التقابض أو افترقا عن مجلس السَّلم قبل قبض رأس ماله بطل العقد، وإن قبض البعض ثم افترقا بطل في الجميع في أحد الوجهين، وفي الآخر يبطل فيما لم يقبض)**.

أما كون العقد يبطل إذا افترق المتصارفان قبل التقابض؛ فلأن القبض في المجلس شرط في صحته بغير خلاف. والأصل فيه قوله عليه السلام: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء»[1] وقوله: «بيعوا الذهب بالورق»[2] و «نهى أن يباع غائب منها بناجز»[3].

ولأن الصرف إنما سمي صرفاً لانصراف كل واحد منهما عن صاحبه فإذا لم يحصل التقابض فقد ذهب معنى الصرف.

وأما كونه يبطل إذا افترقا عن مجلس السَّلَم قبل قبض رأس ماله؛ فلأن قبض رأس ماله في المجلس لما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى[4].

وأما كونه يبطل فيما لم يقبض إذا افترقا قبل قبض البعض فلفوات القبض المشترط.

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٥٣.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٤٠) ٣: ٥٤١ كتاب البيوع، باب: ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلا بمثل... بلفظ: «... بيعوا الذهب بالفضة...».

(٣) سبق تخريجه ص: ١٥٣.

(٤) ر ص: ١٩٦.

وأما كونه يبطل الباقي ففيه وجهان مبنيان على تفريق الصفقة.

قال: **(وإن تقابضا ثم افترقا فوجد أحدهما ما قبضه رديئاً فرده بطل العقد في إحدى الروايتين، والأخرى إن قبض عوضه في مجلس الرد لم يبطل، وإن رد بعضه وقلنا يبطل في المردود فهل يبطل في غيره؟ على وجهين)**.

أما كون العقد يبطل إذا تصارفا في الذمة وتقابضا ثم افترقا فوجد أحدهما ما قبضه رديئاً فرده في إحدى الروايتين؛ فلأن قبض مال الصرف شرط لما تقدم وقد تبين أنه غير مقبوض.

وأما[1] كونه لا يبطل إذا قبض البدل في مجلس الرد في الرواية الأخرى؛ فلأن قبض البدل في مجلس الرد يقوم مقام قبضه في مجلس البيع فوجب كونه مثله.

وقول المصنف رحمه الله: فوجد ما قبضه رديئاً يشمل ما إذا كان من جنس المعقود عليه كالسواد في الفضة والوضوح في الذهب، وما إذا كان العيب من غير جنسه مثل أن يظهر نحاساً أو رصاصاً. واشترط في المغني كون العيب من الجنس فيجب حمل لفظه هنا على ذلك إذا قلنا: قبض البدل يقوم مقام قبضه في مجلس الرد، وإذا قلنا: لا يقوم لا حاجة إلى التفصيل؛ لأن البطلان مشترك بين العينين.

وأما كونه يبطل في غير المردود إذا رد البعض لكونه رديئاً، وقيل[2] يبطل في المردود ففيه وجهان مبنيان على تفريق الصفقة.

قال: **(والدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد في أظهر الروايتين فلا يجوز إبدالها. وإن وجدها معيبة خُيِّر بين الإمساك والفسخ، ويتخرج أن يمسك ويطالب بالأرش. وإن خرجت مغصوبة بطل العقد، والأخرى لا تتعين فلا يثبت فيها ذلك)**.

---

(١) في هـ: أما.

(٢) في هـ: قيل.

أما كون الدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد مثل أن يقـول: بعتـك هـذا الدينار بهذه الدراهـم في أظهـر الروايتـين؛ فـلأن ذلـك عـوض مشـار إليـه في العقـد فوجب أن يتعين كسائر الأعواض.

ولأنه أحد العوضين فتعين بالتعيين كالآخر.

فعلى هذا لا يجوز إبدالها لأن العقد واقع على عينها فإذا أخذ غير ذلك أخذ ما لم يشتره.

وإن وجدها معيبة خُيِّر بين الإمساك والفسخ كما إذا وجـد المبيـع معيباً، ولا أرش له مع الإمساك إن كـان العقـد وقـع علـى مثلـه كـالدراهم بـالدراهم والدنانـير بالدنانير لأن أخذ الأرش مفض إلى التفاضل المحرم. وخرّج القاضي وجهـاً في جـواز أخذه في المجلس وعلله بأن الزيادة طرأت بعد العقد.

قال المصنف في المغني: ليس لهذا الوجه وجه.

وإن وقـع العقـد علـى غـير مثلـه كـالدراهم والدنانـير فلـه أخـذ الأرش في المجلس[1]. ذكره المصنف في المغني و لم يحك فيه خلافاً وعلله بأن أكثر ما فيه حصول زيادة من أحد الطرفين ولا يُمنع ذلك في الجنسـين. ثـم قـال: ولذلـك أجزنـا أخـذ الأرش في المبيع. ثـم قـال: وإن كـان بعـد التفـرق لم يجـز لأنـه يفضـي إلى حصـول التفرق قبل قبض أحد العوضين.

فعلى هذا يجب حمل كلام المصنف هنا على ما إذا كـان العقـد مشـتملاً علـى الدراهم والدنانير من الطرفين ليطابق ما ذكره في المغني.

وإن خرجت مغصوبة بطل العقد كما لو خرج المبيع مغصوباً.

(١) في هـ: الجنس.

وأما كونها لا تتعين في رواية؛ فلأنه يجوز إطلاق ذلك في العقد فلا تتعين كالمكاييل والصنج.

فعلى هذا يجوز إبدالها لأن المقصود يحصل بذلك، وإن وجدها معيبة لم يخير بين الإمساك والفسخ بل له المطالبة بما لا عيب فيه لأن حقه لم يتعين فيها أشبه ما لو كان الصرف في الذمة، وإن خرجت مغصوبة لم يبطل العقد وله المطالبة بالبدل لما ذكر قبل.

قال: **(ويحرم الربا بين المسلم والحربي وبين المسلمين في دار الحرب كما يحرم بين المسلمين في دار الإسلام)**.

أما كون الربا[1] يحرم بين المسلم والحربي؛ فلأن الربا إنما حرم لعلة التفاضل المنهي عنه شرعاً وذلك موجود بين المسلم والحربي كما هو بين المسلم والمسلم.

وأما كونه يحرم بين المسلمين في دار الحرب فلعموم قوله سبحانه: ﴿وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥]، وقوله: ﴿الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس﴾ [البقرة:٢٧٥]، وقوله عليه السلام: «من زاد أو ازداد فقد أربا»[2].

باب بيع الأصول والثمار

قال المصنف رحمه الله: **(ومـن بـاع داراً تنـاول البيـعُ أرضهـا وبناءهـا ومـا يتصل بها لمصلحتها كالسلاليم والرفوف المسمرة والأبـواب المنصوبـة والخوابي المدفونة والرحا المنصوبة، ولا يدخـل ما هو مودع فيها من الكنز والأحجار المدفونة، ولا المنفصل منها كالحبل والدلو والبكرة والقفل والفرش، إلا مـا كـان من مصالحها كالمفتاح وحجر الرحا الفوقاني فعلى وجهين)**.

أما كون بيع الدار يتناول أرضها وبناءها؛ فلأنهما داخلان في مسمى الدار.

وأما كونه يتناول ما يتصل بالدار لمصلحتها؛ فلأنه متصل بها لمصلحتهـا أشبه حيطانها.

وأما قول المصنف رحمه الله: كالسلاليم... إلى قوله: والرحا المنصوبة فتعداد لأشياء متصلة بالدار لمصلحتها.

وأما كون ما هو مودع فيها من الكنز والأحجار المدفونة لا يدخل في بيع الدار؛ فلأن ذلك مودع فيها للنقل عنها أشبه الفرش والستور.

وأما كون المنفصل الذي لا مصلحة للدار فيه كالحبل والدلو والبكـرة والقفـل والفرش لا يدخل؛ فلأن اللفظ لا يشمله ولا هو من مصلحة المبيع. فلم يدخل؛ كالمودع فيها.

وأما كون ما فيه مصلحة للدار كالمفتاح وحجر الرحـا الفوقـاني يدخـل على وجهٍ؛ فلأنه من مصلحة المبيع. أشبه المتصل بها.

وأما كونه لا يدخل على وجهٍ؛ فلأن لفظ الدار لا يتناوله ولا هو متصل لمصلحتها أشبه الفرش والستور.

قال: **(وإن باع أرضاً بحقوقها دخل غراسها وبناؤها في البيع، وإن لم يقل: بحقوقها فعلى وجهين)**.

أما كون الغِراس والبناء يدخلان فيما إذا باع أرضاً بحقوقها؛ فلأن كل واحد منهما تابع للأرض من كل وجه ويُتَّخَذ للبقاء فيه لأنه ليس لانتهائه مدة معلومة.

وأما كونهما يدخلان أيضاً إذا لم يقل بحقوقها على وجهٍ؛ فلأنهما من حقوق الأرض بدليل ما لو قال: بحقوقها، وما كان من حقوقها يدخل في الإطلاق كطُرُقها ومنافعها.

وأما كونهما لا يدخلان على وجهٍ؛ فلأنهما ليسا من الأرض فلا يدخلان في البيع كالثمرة المؤبرة في بيع الشجرة.

ومن نصر الأول قال الثمرة لا تراد للبقاء فليست من حقوقها بخلاف البناء والشجر.

قال: **(وإن كان فيها زرع يجز مرة بعد أخرى كالرطبة والبقول، أو تتكرر ثمرته كالقثاء والباذنجان فالأصول للمشتري والجزة الظاهرة واللقطة الظاهرة من القثاء والباذنجان للبائع إلا أن يشترطه المبتاع)**.

أما كون الأصول فيما ذكر للمشتري؛ فلأن ذلك ركب للبقاء أشبه الشجر.

وأما كون الجزة الظاهرة واللقطة الظاهرة مما ذكر للبائع ما لم يشترطه المشتري؛ فلأنه يؤخذ ثمرته مع بقاء أصله أشبه ثمرة الشجرة المؤبرة.

وأما كون ذلك للمبتاع إذا اشترطه ؛ فلأنه لو اشترى شجراً عليه ثمر قد أُبِّر واشترطه كان له ؛ لقول النبي ﷺ : « من ابتاعَ نخلاً بعد أن تُؤَبَّرَ فثمرتُها للبائعِ إلا أن يشترطهُ المبتاع »[1] فكذا هاهنا لمشاركته لما ذكر معنى الموجب لمشاركته حكماً .

قال : (وإن كان فيها زرع لا يحصد إلا مرة كالبر والشعير فهو للبائع مبقى إلى الحصاد إلا أن يشترطه المبتاع) .

أما كون ذلك للبائع ما لم يشترطه المبتاع ؛ فلأنه نماء ظاهر ، لفصله غاية فلم يدخل في بيع الأرض كالطلع المؤبر .

وأما كونه مبقى إلى الحصاد ؛ فلأن ذلك هو العرف في نقله فحمل عليه كالثمرة تباع بعد بُدُوّ صلاحها .

وأما كونه للمبتاع[2] إذا اشترطه ؛ فلأنه بمنزلة الثمر الذي أُبِّر أصله وقد تقدم دليله .

---

(١) سيأتي تخريجه ص: ١٦٤.

(٢) في هـ : للبائع.

فصل

قال المصنف رحمه الله : **(ومن باع نخلاً مؤبراً . وهو : ما تشقق طلعه فالثمر للبائع [متروكاً في رؤوس النخل إلى الجذاذ][1] إلا أن يشترطه المبتاع ، وكذلك الشجر إذا كان فيه ثمر باد كالعنب والتين والتوت والرمان والجوز . وما ظهر من نوره كالمشمش والتفاح والسفرجل واللوز ، وما خرج من أكمامه كالورد والقطن وما قبل ذلك فهو للمشتري . والورق للمشتري بكل حال . ويحتمل في ورق التوت المقصود أخذه أنه إن تفتح فهو للبائع وإن كان حباً فهو للمشتري . وإن ظهر بعض الثمرة فهو للبائع وما لم يظهر فهو للمشتري .**

وقال ابن حامد : الكل للبائع) .

أما كون ثمر النخل المؤبر للبائع إذا لم يشترطه المبتاع فلما تقدم من أن رسول الله ﷺ قال : « من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترطه المبتاع »[2] رواه الأئمة منهم البخاري وأبو داود .

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٥٠) ٢: ٨٣٨ كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤٣) ٢: ١١٧٣ كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٤٣٣) ٣: ٢٦٨ كتاب، البيوع، باب في العبد يباع وله مال.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٤٤) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير...
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٣٦) ٧: ٢٩٧ كتاب البيوع، العبد يباع ويستثني المشتري ماله.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢١١) ٢: ٧٤٦ كتاب التجارات، باب ما جاء فيمن باع نخلاً مؤبراً أو عبداً له مال.

وأما كونه يُتْرك في رؤوس النخل إلى الجذاذ ؛ فلأن العرف أن ذلـك لا يقطع عند بيعه بل عند استحكام نضجه وصلاحيته للأكل .

وأما قول المصنف رحمـه الله : وهـو مـا تشـقق طلعـه فتفسـير للنخـل المؤبـر . والتأبير في اللغة : التلقيح ، وقيل : هو ظهور الثمـرة مـن جـف الطلـع . والأول أكـثر وأشهر .

قـال المصنـف في المغـني : إلا أن الحكـم متعلـق بـالظهور دون التلقيـح بغـير خلاف ، ولذلك فسّره هنا بما تشقق طلعه .

وأما كون الشجر الذي فيه ثمر باد كـالعنب والتين والتـوت والرمـان والجـوز كالنخل ؛ فلأن بُدُوّ ذلك من شجره بمنزلة ظهور الرطب من طلعه .

وأما كون ما ظهر من نوره كالمشمش والتفاح والسفرجل واللـوز والأجـاص والخوخ للبائع وما لم يظهر للمشتري ؛ فلأن ظهوره مـن ذلـك كظهـوره مـن الطلـع وعدم ظهوره كعدم ظهوره فيجب أن يعطى حكمه .

وقال القاضي : يحتمل أن يكون للبائع بظهور نوره لأن الطلع إذا تشـقق كـان كنور الشجر .

والأول أولى لأن الذي في الطلع عين التمر بخلاف النور فإنـه يتسـاقط والثمـر غيره .

وأما كون ما يخرج من أكمامه كالورد واليـاسمين والقطـن والبنفسـج للبـائع ؛ فلأن خروجه من أكمامه كظهور الثمرة من الطلع وما ظهر من الطلع فهو للبـائع . فكذلك ما هو في معناه .

⇨

وأخرجه أحمد في مسنده (٦٣٨٠) ٢: ١٥٠.

وأما كون ما قبل ذلك كله للمشتري ؛ فلأن تقييد ما تقدم ذكره بما ذكر يدل على نفي الحكم عند عدمه .

ولأن ذلك تبع الأصل فوجب أن يكون للمشتري بكل حال كالأصل[1] .

وأما كون الورق الذي لا يقصد أخذه كورق المشمش والجوز وما أشبههما للمشتري بكل حال بلا خلاف في المذهب ؛ فلأنه ليس بثمر ولا يقصد أخذه فكان تابعاً للأصل .

وأما كون ما يقصد أخذه كورق التوت للمشتري على المذهب فبالقياس على سائر الورق .

وأما كونه يحتمل أنه إن تفتح فهو للبائع وإن كان حباً فهو للمشتري ؛ فلأنه بمنزلة الثمر .

وأما كون ما ظهر من الثمرة للبائع وما لم يظهر للمشتري على المذهب ؛ فلأن الحديث المتقدم دل بمنطوقه على أن المؤبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري .

وأما كون الكل للبائع على قول ابن حامد ؛ فلأنه إذا لم يحصل الكل للبائع أدى إلى الإضرار باشتراك الأيدي في البستان .

ولأن الباطن يتبع الظاهر كأساسات الحيطان .

قال : **(وإن احتاج الزرعُ أو الثمرة إلى سقي لم يلزم المشتري ولم يملك منع البائع منه)** .

أما كون المشتري لا يلزمه سقي زرع البائع ولا ثمرته ؛ فلأنه لا يلزمه تسليم ذلك إليه .

فإن قيل : لو كانت الثمرة للمشتري على أصل البائع لزمه السقي فما الفرق؟

---

(١) في هـ: فوجب أن يكون المشتري كالأصل.

قيل: الفرق بينهما أن ثمرة المشتري التي على أصل البائع عليه تسليمها إليه بخلاف ما ذكر. وإلى ذلك وقعت الإشارة في الدليل.

وأما كون المشتري لا يملك منع البائع من السقي؛ فلأن ذلك مما يبقى به فلزمه تمكينه منه كتركه على الأصول.

وقيد المصنف السقي بالحاجة لأن السقي لغير حاجة يملك المشتري منعه منه لأنه سفه يتضمن التصرف في ملك غيره. وأطلق الحاجة وظاهره أنه لا يملك المنع سواء كان يضر ذلك بالشجر أو لا. وصرح به المصنف في المغني وعلله بأنه دخل في العقد على ذلك لأن العقد اقتضى التبقية.

فصل [في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها]

قال المصنف رحمه الله: **(ولا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، ولا الزرع قبل اشتداد حبه إلا بشرط القطع[1] في الحال، ولا بيع الرطبة والبقول إلا بشرط جزه، ولا القثاء ونحوه إلا لقطة لقطة إلا أن يبيع أصله، والحصاد واللقاط على المشتري فإن باعه مطلقاً أو بشرط التبقية لم يصح)**.

أما كون بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لا يجوز إذا لم يشترط القطع في الحال فـ« لأن النبي ﷺ نهى عن بيعِ الثمارِ حتى يَبدُو صَلاحَها، نَهى البائعَ والمشتري »[2] متفق عليه.

والنهي يقتضي الفساد.

وأما كونه يجوز بشرط القطع في الحال؛ فلأن النهي إنما كان خوفاً من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها قبل أخذها بدليل ما روي « أن النبي ﷺ نهى عن بيعِ الثمارِ حتى تُزْهِي. قال: أرأيتَ إذا منعَ الله الثمرةَ، بمَ يأخذُ أحدُكُمْ مالَ أخيه »[3] رواه البخاري.

---

(١) في هـ: جزه القطع.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٨٢) ٢: ٧٦٦ كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٤) ٣: ١١٦٥ كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدوّ صلاحها بغير شرط القطع.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٨٦) ٢: ٧٦٦ كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٥) ٣: ١١٩٠ كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح.

وهذا مأمون فيما يشترط قطعه فجاز بيعه كما لو بدا صلاحه.

وأما كون بيع الزرع قبل اشتداد حبه لا يجوز إذا لم يشترط القطع فلما روى عمر « أن النبي ﷺ نَهى عن بيعِ السنبلِ حتى يَبْيضَّ ويأمنَ العَاهَة »[1] رواه مسلم.

وروي عنه « أنه عليه السلام[2] نَهى عن بيعِ الحبِ حتى يَشتد »[3] رواه الترمذي.

وأما كونه يجوز إذا شرط القطع فلزوال معنى النهي بدليل قوله: « ويأمن العاهة »[4].

وأما كون بيع الرطبة والبقول لا يجوز إلا بشرط جز الظاهر منه؛ فلأن ما في الأرض مستور مغيب وما يحدث منه معدوم فلم يجز بيعه كبيع ما يحدث من الثمرة.

وأما كون بيع ما ظهر منه يجوز بشرط جزه؛ فلأنه مبيع معلوم لا جهالة فيه ولا غرر أشبه ما جاز بيعه من غيره.

وأما كون بيع القثاء والباذنجان لا يجوز إلا لقطة لقطة؛ فلأن الزائد على ذلك ثمر لم يخلق فلم يجز بيعه أشبه ما لو باع ذلك قبل ظهور شيء منه.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٥) ٣: ١١٦٥ كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٦٨) ٣:٢٥٢ كتاب البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٢٧) ٣:٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٥١) ٧:٢٧٠ كتاب البيوع، بيع السنبل حتى يبيض.

(٢) في هـ: عليه السلام أنه.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٧١) ٣:٢٥٣ كتاب البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٢٨) ٣:٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢١٧) ٢:٧٤٧ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٣٦٣٨) ٣: ٢٥٠.

(٤) سبق تخريجه ص: ١٦٩.

وأما كون بيع ذلك لقطة لقطة يجوز؛ فلأنه مبيع معلوم لا جهالة فيه ولا غرر أشبه ما تقدم.

وأما قول المصنف رحمه الله: إلا أن يبيع أصله فيحتمل أن يعود إلى قوله: ولا بيع الرطبة وما بعده لقربه منه، ويحتمل أن يعود إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وما بعده وهو الظاهر[1] إذ الاستثناء المتعقب جملاً يعود إلى كلها لا سيما إذا طابق الحكم.

فعلى هذا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها إذا بيعت مع الشجرة لأن النبي ﷺ قال: «من باع نخلاً قبل أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترطه المبتاع»[2]، وبيع الزرع قبل اشتداده إذا بيع مع الأرض لأنه بمنزلة الثمر على الشجر. ومثل ذلك بيع الرطبة والبقول لأنه في معناه، وبيع القثاء والباذنجان مع أصولهما لأن ذلك أصل يتكرر ثمره أشبه الشجر.

وأما كون الحصاد واللقاط على المشتري؛ فلأن ذلك من مؤونة نقلها أشبه ما لو اشترى طعاماً في دار فإن الأجرة على المشتري. وفارق هذا الكيال في المكيل والوزان في الموزون من حيث إن أجرة ذلك على البائع لأن ذلك من مؤونة تسليم المبيع إلى المشتري وهاهنا حصل التسليم بدون القطع واللقاط بدليل جواز بيعها والتصرف فيها بدون ذلك.

وأما كون بيع ذلك كله مطلقاً وبشرط التبقية لا يصح فلما تقدم من الأدلة الدالة على اشتراط ما تقدم ذكره من بُدُوّ صلاحٍ واشتداد حبٍّ وشرط جز والبيع لقطة لقطة.

---

(١) في هـ: هو.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٦٤.

قال: **(وإن اشترط القطع ثم تركه حتى بدا صلاح الثمرة وطالت الجزة وحدث ثمرة أخرى فلم تتميز، أو اشترى عرية ليأكلها رطباً فأثمرت بطل البيع. وعنه: لا يبطل ويشتركان في الزيادة. وعنه: يتصدقان بها)**.

أما كون البيع فيما ذكر يبطل على المذهب فـ« لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة قبل بُدوّ صلاحها»[1]. استثني منه ما اشتراه بشرط القطع فقطع بالإجماع فيبقى فيما عداه على مقتضى الدليل.

ولأن التبقية معنى حرم اشتراطها لحق الله تعالى فأبطل العقد تحققها كالنسيئة فيما يحرم فيه النسأ.

وأما كونه لا يبطل على روايةٍ؛ فلأن أكثر ما فيه اختلاط المبيع بغيره أشبه ما لو اشترى حنطة فانهالت عليها أخرى أو ثوباً فاختلط بثوب آخر.

والأول أصح قاله القاضي ووجهه ما مر.

ولأن القضاء بالصحة يفضي إلى اتخاذ ذلك وسيلة إلى الشراء للقطع ثم يترك وذلك حرام كبيع العينة.

وأما كون المشتري والبائع يشتركان في الزيادة على القول بأن البيع لا يبطل على روايةٍ فلحصولها في ملكهما لأن ملك المشتري الثمرة وملك البائع الأصل وهما سبب الزيادة.

وقال القاضي: الزيادة للمشتري كالعبد إذا سمن. وحمل قول أحمد على الاستحباب.

وأما كونهما يتصدقان بها على روايةٍ فلاشتباه الأمر فيها.

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٦٨.

وطريق العلم بالزيادة ليشتركان فيها أو يتصدقان بها أن ينظر كم المبيع حين الشراء؟ وكم قيمته بعد حدوث ما ذكر؟ وما بينهما يشتركان فيه أو يتصدقان به على ما مضى تقريره. فإن جهلت القيمة وُقِف الأمر حتى يُعلم أو يصطلحا على شيء.

فإن قيل: على القول بأن البيع يبطل.

قيل: الزيادة للبائع مع الأصل لأن النماء تبع لأصله. وعنه: يتصدقان بالزيادة لما ذكر في المشتري.

قال: **(وإذا بدى الصلاح في الثمرة واشتد الحب جاز بيعه مطلقاً وبشرط التبقية. وللمشتري تبقيته إلى الحصاد والجذاذ، ويلزم البائع سقيه إن احتاج إلى ذلك وإن تضرر الأصل)**.

أما كون بيع ما ذكر مطلقاً وبشرط التبقية يجوز؛ فلأن «نهي النبي ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها»[1] و«عن بيع الحب حتى يشتد»[2] يدل بمفهومه على جواز البيع بعد بدو الصلاح وعن بيع الحب قبل اشتداده لأجل خوف التلف وهذا المعنى مفقود هنا.

وأما كون المشتري لذلك له تبقيته إلى الحصاد والجذاذ؛ فلأن النقل والتحويل يجب اعتباره بالعرف، والعرف يقضي بالترك إلى الحصاد والجذاذ لأنه حينئذ أوان الانتفاع به.

وأما كون البائع يلزمه سقيه إن احتاج إليه؛ فلأنه يجب عليه تسليم ذلك كاملاً ولا يكون ذلك إلا بالسقي.

فإن قيل: فلم قلتم إذا باع الأصل وعليه ثمرة للبائع لا يلزم المشتري سقيها؟

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٦٨.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٦٩.

قيل: لأن المشتري وإن كان صاحب الأصل إلا أنه لا يلزمه تسليم الثمرة لأن البائع لم يملكها من جهته وإنما بقي ملكه عليها بخلاف مسألتنا.

وصرح المصنف رحمه الله: بأن السقي لازم وإن تضرر الأصل لئلا يتوهم سقوطه عند ذلك. وإنما لم يعتبر ضرر البائع لأنه دخل على ذلك.

قال: **(وإن تلفت بجائحة من السماء رجع على البائع. وعنه: إن أتلفت الثلث فصاعداً ضمنه البائع، وإلا فلا. وإن أتلفه آدمي خُيّر المشتري بين الفسخ والإمضاء ومطالبة المتلِف)**.

أما كون المشتري يرجع على البائع بما تلف بجائحة فـ «لأن النبي ﷺ أمرَ بوضعِ الجَوائح»[1]، وعنه عليه السلام أنه قال: «إن بعت من[2] أخيك ثمراً ثم أصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً. بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»[3] رواه مسلم.

وعنه عليه السلام: «من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا تأخذ من مال أخيك شيئاً. علام يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم»[4] رواه أبو داود وابن ماجة.

ولأن التخلية في الشجر ليس بقبض تام فوجب كونه من ضمان البائع كالذي لم يقبض.

ولأن الثمرة في الشجر كالمنافع في الإجارة تؤخذ حالاً فحالاً. ثم لو تلفت المنافع قبل استيفائها كانت من ضمان الآجر فكذا هاهنا.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٤) ٣: ١١٩١ كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٤) ٣: ١١٩٠ كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٧٠) ٣: ٢٧٦ كتاب البيوع، باب في وضع الجائحة.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٢٧) ٧: ٢٦٤ كتاب البيوع، وضع الجوائح.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢١٩) ٢: ٧٤٧ كتاب التجارات، باب بيع الثمار سنين والجائحة.

وأما كونه يرجع من غير فرق بين القليل والكثير على المذهب ؛ فلأن الأحاديث المتقدمة تشملها .

وأما كون الجائحة إن أتلفت الثلث فصاعداً يضمنه البائع فلما تقدم ، وإن أتلفت دون الثلث لم يضمنه على روايةٍ ؛ فلأنه لا بد أن يأكل الطير منها وتنثر الريح وتسقط ولا بد من ضابط فوجب أن يكون الثلث لأن ذلك قد اعتبره الشرع في مواضع منها : الوصية والعطية وتساوي جراح المرأة الرجل .

قال الإمام أحمد : يستعمل الثلث في سبع عشرة مسألة .

ولأن الثلث داخل في حد الكثرة دليله قوله عليه السلام : « الثلث والثلث كثير »[1] . وما دونه داخل في حد القلة لأن ما دونه لو دخل في حد الكثرة لقدّره النبي ﷺ به .

وأما كون الجائحة كل آفة لا صنع للآدمي فيها ؛ فلما روى جابر « أن النبي ﷺ قضى في الجائحة تكون في البرد والجراد والحتف والسيل وفي الريح »[2] . وجه الحجة منه : أن الراوي فسر كلام النبي ﷺ فوجب الرجوع إليه لأنه أعلم بمراده وأفهم لكلامه .

وأما كون المشتري يخير بين الفسخ والإمضاء ومطالبة المتلف فيما إذا أتلف ذلك آدمي ؛ فلأن ذلك شيء أتلفه آدمي قبل تكامل قبضه فثبت للمشتري الخيرة المذكورة أشبه الآدمي إذا أتلف المبيع قبل قبضه .

ولأن المشتري يمكنه الرجوع ببدل المتلف فلا حاجة إلى الرجوع على البائع .

---

(١) سبق تخريجه ص:٨٨.

(٢) لم أقف عليه عن جابر . وقد أخرج أبو داود عن عطاء قال: « الجوائح كل ظاهرٍ مُفسدٍ من مطرٍ أو بردٍ أو جرادٍ أو ريحٍ أو حريقٍ » (٣٤٧١) ٣: ٢٧٧ كتاب البيوع، باب في تفسير الجائحة.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٠٦ كتاب البيوع، باب ما جاء في وضع الجائحة.

قال: **(وصلاح بعض ثمرة الشجرة صلاح لجميعها، وهـل يكـون صلاحاً لسائر النوع الذي في البستان؟ على روايتين)**.

أما كون صلاح بعض الثمرة صلاحاً لجميع ما في الشجرة؛ فلأنه لو لم يكـن كذلك لأدى بيع ما بدى صلاحه إلى الضرر والمشقة وسوء المشاركة.

وأما كون صلاح نوع صلاحاً لسائر النوع الذي في البستان على روايـةٍ فلمـا ذكر.

وأما كونه لا يكون صلاحاً على روايةٍ؛ فلأن النبي ﷺ جعـل بُـدُوّ الصـلاح في ثمر النخل أن يحمر أو يصفر، وفي العنب أن يسودّ[1] ولم يوجد ذلك.

قـال: **(وبـدوّ الصـلاح في ثمـر النخـل أن يحمـر أو يصفـر، وفي العنـب أن يتموه، وفي سائر الثمر أن يبدو فيه النضج ويطيب أكله)**.

أما كون بدو الصلاح في ثمر النخل أن يحمر أو يصفر فـ «لأن النبي ﷺ نهى أن تبـاع الثمـرة حتى تزهـو. قيـل: ومـا تزهـو؟ قـال: تحمـارّ أو تصفـارّ»[2] رواه البخاري.

وأما كون بدو صلاح العنب أن يتموه فـ «لأن النبي ﷺ نَهى عن بيعِ العنـبِ حتى يَسْوَدَ»[3] رواه الترمذي.

---

(١) ر الحديثين التاليين.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٨٥) ٢: ٧٦٦ كتاب البيوع، باب بيع النخل قبل أن يبدو صلاحها.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٥) ٣: ١١٩٠ كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح. كلاهما من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٧١) ٣: ٢٥٣ كتاب البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٢٨) ٣: ٥٣٠ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢١٧) ٢: ٧٤٧ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٣٥٩٦) ٣: ٢٥٠.

وأما كون بدو الصلاح في سائر الثمار أن يبدو فيه النضج ويطيب أكله ؛ فـ «لأن النبي ﷺ نَهى عن بيع الثمرِ حتى يَطيب »[1] متفق عليه .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٧٧) ٢: ٧٦٤ كتاب البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٦) ٣: ١١٧٦ كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة...

فصل [فيمن باع عبدا وله مال]

قال المصنف رحمه الله: **(ومن باع عبداً له مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، فإن كان قصده المال اشترط علمه وسائر شروط المبيع، وإن لم يكن قصده المال لم يشترط، وإن كانت عليه ثياب فقال أحمد: ما كان للجمال فهو للبائع وما كان للبس المعتاد فهو للمشتري)**.

أما كون مال العبد المبيع لبائعه إلا أن يشترطه المبتاع؛ فلأن النبي ﷺ قال: «من باع عبداً له مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»[1] رواه مسلم وأبو داود وابن ماجة.

وأما كون العلم بالمال وسائر شروط المبيع يشترط إذا كان قصد المشتري المال؛ فلأنه مبيع مقصود أشبه ما لو ضم إلى العبد عبداً آخر.

وأما كون ذلك لا يشترط إذا لم يكن قصد المشتري المال؛ فلأن المال داخل تبعاً فلم يشترط ذلك كأساسات الحيطان.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٥٠) ٢: ٨٣٨ كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤٣) ٣: ١١٧٣ كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٤٣٣) ٣: ٢٦٨ كتاب البيوع، باب في العبد يباع وله مال.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٤٤) ٣: ٥٤٦ كتاب البيوع، باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٣٦) ٧: ٢٩٧ كتاب البيوع، العبد يباع ويستثني المشتري ماله.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢١١) ٢: ٧٤٦ كتاب التجارات، باب ما جاء فيمن باع نخلاً مؤبراً أو عبداً له مال.

وأما كون ثياب العادة للمشتري دون ثياب الجمال ؛ فلأن ثياب العادة يتعلق بها مصلحة العبد وحاجته إذ لا غنى له عنها فجرى مجرى مفاتيح الدار بخلاف ثياب الجمال فإنها زائدة على العادة و لم تجر العادة بالمسامحة فيها فجرى مجرى الستور في الدار.

باب السلم

السلم جائز بالكتاب والسنة والإجماع والمعنى : أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجـل مسمى فـاكتبوه﴾ [البقـرة:٢٨٢] . روي عن ابن عباس أنه قال : «أشهد أن السلف المضمون إلى أجلٍ مسمى قد أحلهُ ا للهُ في كتابهِ وأذنَ فيه ثم قرأ هذه الآية»[١] .

وأما السنة فما روى ابن عباس عـن رسول ا لله ﷺ « أنـه قـدمَ المدينـةَ وهـم يُسْلِفُونَ في الثمارِ السـنتينِ والثلاث . فقـال : مـن أسـلفَ فليسلف في كيـلٍ معلـومٍ ووزنٍ معلومٍ إلى أجلٍ معلوم»[٢] .

وعن عبدا لله بن أبي أوفى وعبدالرحمن بن أبـزى أنهمـا قـالا : « كنـا نصيـب المغانم مع رسول ا لله ﷺ فكـان يأتينـا أنبـاط مـن أنبـاط الشـام فنسـلفهم في الحنطـة والشعير والزبيب . فقيل : أكـان لهـم زرع أم لم يكـن؟ قـالا : مـا كنـا نسـألهم عـن ذلك»[٣] رواه البخاري .

وأما الإجماع فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم علـى أن السلف جائز .

---

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٤٠٦٤) ٨: ٥ كتاب البيوع، باب لا سلف إلا إلى أجل معلوم.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٩ كتاب البيوع، باب جواز الرهن والحميل في السلف.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٢٥) ٢: ٧٨١ كتاب السلم، باب السلم في كيل معلوم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٠٤) ٣: ١٢٢٦ كتاب المساقاة، باب السلم.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٣٦) ٢: ٧٨٤ كتاب السلم، باب السلم إلى أجل معلوم.

وأما المعنى ؛ فلأن المثمن في البيع أحد عوضي العقد فجاز أن يثبت في الذمة كالثمن .

ولأن بالناس حاجة إليه لأن أرباب الزرع والثمار يحتاجون إلى النفقة عليها لتكمل فجوز لهم السلم ليرتفقوا أو يرتفق المسلم بالمسلم بالاسترخاص .

قال المصنف رحمه الله : **(وهو : نوع من البيع يصح بألفاظه وبلفظ السَّلَم والسَّلَف)** .

أما كون السلم نوعاً من البيع ؛ فلأنه بيع إلى أجل فيدخل في البيع لأنه يشمله وغيره .

وأما كونه يصح بألفاظ البيع ؛ فلأنه بيع حقيقة .

وأما كونه يصح بلفظ السلم والسلف ؛ فلأنهما موضوعان للبيع الذي عجل ثمنه وأجل مثمنه .

قال : **(ولا يصح إلا بشروط سبعة :**

أحدها : أن يكون فيما يمكن ضبط صفاته كالمكيل والموزون والمذروع ، فأما المعدود والمختلف كالحيوان والفواكه والبقول والجلود والرؤوس ونحوها ففيه روايتان) .

أما كون السلم لا يصح إلا بشروط سبعة فلما يأتي ذكره في مواضعها .

وأما كون أحدها : أن يكون السلم فيما يمكن ضبط صفاته ؛ فلأن ما لا يمكن ضبط صفاته يختلف اختلافاً كثيراً وذلك وسيلة إلى المنازعة والمشاقة المطلوب عدمها .

وأما قول المصنف رحمه الله : كالمكيل والموزون والمذروع فإشارة إلى أن ذلك كله مما يمكن ضبط صفاته والمكيل كالحنطة والشعير والزبيب وما أشبه ذلك

والموزون كالحديد والرصاص والنحاس وما أشبه ذلك، والمذروع كالثياب وما أشبه ذلك.

وأما كون السلم في المكيل والموزون مما ذكر وشبهه يصح؛ فلأن بعضه منصوص عليه والباقي في معناه فيقاس عليه.

ولأن ما ذكر ضبطه ممكن فلم يؤد إلى المنازعة المانعة من الصحة.

وأما كون المعدود المختلف كالحيوان وبقية ما ذكره المصنف رحمه الله يصح السلم فيه في روايةٍ: أما في الحيوان؛ فلأن أبا رافع قال: «استسلف النبي ﷺ من رجل بَكْراً»[1] رواه مسلم.

وعن عبدالله بن عمرو بن العاص قال: «أمرني رسول الله ﷺ أن أبتاع البعير بالبعيرين وبالأبعرة إلى مجيء المصدق»[2].

ولأن ذلك يثبت في الذمة صداقاً فيثبت في السلم كالثياب.

وأما في بقية ما ذكر؛ فلأنه يساوي الحيوان معنى فوجب أن يساويه حكماً.

وأما كونه لا يصح في روايةٍ: أما في الحيوان فلما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: «إن من الربا أبواباً لا تخفى، وإن منها السَّلَم في السن»[3].

وأما في بقية ما ذكر فلما ذكر قبل.

وظاهر المذهب أن السلم في ذلك يصح قاله المصنف في المغني.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٠٠) ٣: ١٢٢٤ كتاب المساقاة، باب من استسلف شيئا فقضى خيراً منه...
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٤٦) ٣: ٢٤٧ كتاب البيوع، باب في حسن القضاء.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣١٨) ٣: ٦٠٩ كتاب البيوع، باب ما جاء في استقراض البعير أو الشيء من الحيوان أو السن.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦١٧) ٧: ٢٩١ كتاب البيوع، استسلاف الحيوان واستقراضه.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٨٥) ٢: ٧٦٧ كتاب التجارات، باب السلم في الحيوان.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٥٥.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٣ كتاب البيوع، باب من أجاز السلم في الحيوان بسن...

قال: **(وفي الأواني المختلفة الرؤوس والأوساط؛ كالقماقم والأسطال الضيقة الرؤوس، وما يجمع أخلاطاً متميزة؛ كالثياب المنسوجة من نوعين وجهان)**.

أما كون السلم في المختلفة الرؤوس كما ذكر لا يصح في وجهٍ؛ فلأن الصفة[1] لا تأتي على ذلك.

وأما كونه يصح في وجهٍ؛ فلأن التفاوت في ذلك يسير.

وأما كون ما يجمع أخلاطاً متميزة كالثوب المنسوج من قطن وكتان أو إبريسم يصح السلم فيه في وجهٍ؛ فلأن ضبطه ممكن.

وأما كونه لا يصح في وجهٍ؛ فلأنه يجمع أخلاطاً أشبه الغالية.

والأول أصح. قاله المصنف في الكافي. ودليله ما تقدم.

والفرق بين ما ذكر وبين الغالية أن ما ذكر يجمع أخلاطاً متميزة بخلاف الغالية.

قال: **(ولا يصح فيما لا ينضبط كالجواهر كلها، والحوامل من الحيوان، والمغشوش من الأثمان، وغيرها، وما يجمع أخلاطاً غير متميزة؛ كالغالية والند والمعاجين)**.

أما كون السلم في الجواهر كاللؤلؤ والزبرجد والياقوت والعقيق ونحوها لا يصح؛ فلأنها تختلف اختلافاً متبايناً بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة ضوئها.

وأما كونه في الحوامل من الحيوان لا يصح؛ فلأن الولد مجهول. وحكى المصنف في الكافي وجهاً في صحة السلم فيها؛ لأن الحمل لا حكم له مع الأم بدليل البيع.

---

(١) في هـ: الصفقة.

وأما كونه في المغشوش من الأثمان لا يصح ؛ فلأن غشه يمنع العلم بالقدر المقصود منه فلا يصح السلم فيه لأن فيه غرراً .

وقول المصنف رحمه الله : وغيرها مراده المغشوش من غير الأثمان كاللبن المشوب بالماء والحنطة المخلوطة بالزوان وما أشبههما . ودليل ذلك ما مر في مغشوش الأثمان .

وأما كونه فيما يجمع أخلاطاً غير متميزة كالغالية والند والمعاجين لا يصح ؛ فلأن الصفة لا تأتي على ذلك فلم يصح السلم فيه لعدم ضبطه .

قال المصنف في الكافي : وفي معناه القسي المشتملة على الخشب والقرن والقصب والغزل والتوز .

قال : **(ويصح فيما يترك فيه شيء غير مقصود لمصلحته كالجبن والعجين وخل التمر والسكنجبين ونحوها)** .

أما كون السلم يصح فيما ذكر فلعدم كون المتروك فيه مقصوداً .

وأما قول المصنف رحمه الله : كالجبن إلى آخره فتمثيل لصور لم يقصد فيها ما ذكر .

فصل [الشرط الثاني]

قال المصنف رحمه الله: **(الشرط الثاني: أن يصفه بما يختلف به الثمن ظاهراً؛ فيذكر جنسه ونوعه وقدره وبلده وحداثته وجودته ورداءته. وما لا يختلف به الثمن لا يحتاج إلى ذكره)**.

أما كون ثاني الشروط[1] المتقدم ذكرها أن يصف المسلم فيه بما يختلف به الثمن ظاهراً؛ فلأن المسلم عوض يثبت في الذمة فلا بد من كونه معلوماً بالوصف كالثمن.

ولأن العلم شرط في البيع وطريقه إما الرؤية أو الصفة، والرؤية ممتنعة في المسلم فيه فيتعين الوصف.

وأما قول المصنف رحمه الله: فيذكر جنسه إلى آخره فتنبيه على الصفات التي يختلف بها الثمن وذكر الجنس والنوع والجود والرداءة مجمع عليه، والبواقي مقاسة عليها لأن ذلك مما يختلف الثمن لأجله فوجب ذكره كالمتفق عليه. وقد يسقط بعض ذكر الأوصاف للعلم به أو لقيام غيره مقامه. وقد يشترط ذكر شيء آخر وسيبين مفصلاً إن شاء الله تعالى.

فعلى هذا يصف التمر بالنوع فيقول: برني أو معقلي، وبالجودة أو بالرداءة فيقول: جيد أو رديء، وبالقد فيقول: كبار الحب أو صغاره وهو المراد بقول المصنف رحمه الله: وقدره لأن القدر بالكيل أو الوزن سيأتي بعد، وبالبلد فيقول:

---

(١) في هـ: أما كون الثاني من الشروط.

بغدادي أو بصري لأن البغـدادي أحلى وأقل بقـاء لعذوبـة المـاء والبصـري بخـلاف ذلك، وبالحداثة أو القـدم فيقـول: حديـث أو قديـم ويصـف الرطـب بمـا ذكـر إلا الحداثة والقدم.

ويصـف الحنطـة بـالنوع فيقـول: سـبيلة أو سـلموني، وبـالجودة أو الـرداءة فيقول: جيد أو رديء، وبالبلد فيقول: حوراني أو بلقاوي، وبالقد فيقـول: صغـار أو كبار، وبالحداثة أو القدم فيقول: حديث أو قديم.

ويصف العسل بالبلد فيقول: فيجي أو نحوه. ويجزئ ذلك عن ذكـر النـوع، وبالزمان فيقول: خريفي أو ربيعي أو صيفي، وباللون فيقول: أبيض أو أحمر.

ويصف الحيوان بالذكورة أو الأنوثة وبالسن فيقول: عمره كـذا سنة أو غـير بالغ أو مميز. وإن كان رقيقاً فيذكر النوع كتركي أو رومي أو زنجي. ولا يحتاج في الجارية إلى ذكر البكارة ولا الثيوبة ولا الجعودة والسبوطة.

ويصف الإبـل بالنتـاج فيقـول: مـن نتـاج بـني فـلان مكـان النـوع، وبالسـن فيقول: بنت مخاض أو ابنة لبون، وبـاللون فيقـول: أحمر أو أورق، وبالذكوريـة أو الأنوثية[1] فيقول: ذكر أو أنثى وأوصاف الخيل كـالإبل والبغـال والحمـير لا يقصـد نتاجهـا فيقـول مكـان ذلـك نسـبتها إلى بلدهـا؛ كرومـي في البغـال، ومصـري في الحمير. والبقر والغنم إن عرف لها نتاج فهي كالإبل، وإلا فهي كالحمير.

ويصف اللحم بالسـن والذكـورة أو الأنوثـة وبالسـمن أو الهـزال وبـالرعي أو العلف والنوع وموضع اللحـم مـن الحيـوان ويزيـد في الذكـر فحـلاً أو خصيـاً. وفي الصيد لا يحتاج إلى ذكر العلف والخصاء ولكن يذكر الآلة التي يصاد بها من جارحة أو أحبولة. وفي الجارحة يذكر صيد كلب أو فهد أو صقر لأن ذلك يختلف.

---

(١) في و: وبالذكورة أو الأنوثة.

قال المصنف في المغني: الذي أراه أنه لا يحتاج إلى ذلك لأن التفاوت فيه يسير.

ويلزم قبول اللحم بعظامه لأنه يُقطع كذلك فهو كالنوى في التمر. ولا يحتاج في لحم الطير إلى ذكر الذكورة والأنوثة إلا أن يختلف بذلك، ولا إلى ذكر موضع اللحم إلا أن يكون كبيراً يأخذ منه بعضه. ولا يلزمه قبول الرأس والساقين لأنه لا لحم على ذلك.

ويصف السمك بذكر النوع كدجلي أو أجامي، والكبر والصغر، والسمن أو الهزال، والطري أو الملح ولا يقبل الرأس والذنب ويلزمه ما بينهما. وإن كان كبيراً يؤخذ بعضه ذكر موضع اللحم.

ويوصف السَّمْن بالنوع فيقول: سَمْن ضأن أو معز أو بقر، وباللون فيقول: أبيض أو أصفر.

قال القاضي: ويذكر المرعى.

ولا يحتاج إلى ذكر حديث أو عتيق لأن إطلاقه يقتضي الحديث. ولا يصح السلم في عتيقه لأنه عيب ولا ينتهي إلى حد ينضبط به.

ويصف الزبد بأوصاف السمن ويزيد زبد يومه أو أمسه.

ويصف اللبن بالنوع والمرعى. ولا يحتاج إلى اللون ولا حلب يومه لأن إطلاقه يقتضي ذلك.

ويصف اللبأ بصفات اللبن.

ويصف الثياب بالنوع فيقول: كتان أو قطن، وبالبلد فيقول: بغدادي أو مصري، وبالطول أو العرض، وبالغلظ أو الدقة، وبالنعومة أو الخشونة.

ويصف الغزل بذلك ويجعل مكان الطول أو العرض اللون فيقول: أبيض أو أصفر.

ويصف الإبريسم بالبلد واللون والغلظ أو الدقة .

ويصف الصوف بالبلد واللون والطول أو القصر والذكورة أو الأنوثة والزمـان خريفي أو ربيعي ؛ فلأن صوف الخريف أنظف وصوف الإناث أنعم والشعر والوبـر كالصوف .

ويصف الرصاص والنحـاس والحديـد بـالنوع فيقـول في الرصـاص : قلعـي أو أسرب وبالنعومة أو الخشونة وباللون إن اختلف . ويزيد[1] في الحديـد ذكـراً أو أنثى لأن الذكر أحد وأمضى .

واستقصاء ما يُسلم فيه مما لم يذكر مذكـور في الكتـب الكبـار فعلى الطـالب تطلبه في مظانه .

قال : **(فإن شرط الأجود لم يصح ، وإن شرط الأردأ فعلى وجهين)** .

أما كون شرط الأجود لا يصـح ؛ فـلأن مـا مـن جيـد إلا ويحتمـل أن يوجـد أجود منه فلا ينحصر .

وأما كون شرط الأردأ لا يصح على وجهٍ ؛ فلأنه لا ينحصر .

وأما كونه يصح على وجهٍ ؛ فلأن مـا يدفعـه إليـه إن كـان الأردأ فهـو المسـلم فيه ، وإن لم يكن فهو خير منه فيلزم المسلم قبوله بخلاف الأجود .

قال : **(وإذا جاءه بدون ما وصف أو نوع آخر فله أخـذه ولا يلزمـه ، وإن جاءه بجنس آخر لم يجز له أخذه ، وإن جاءه بأجود منه من نوعه لزمه قبوله)** .

أما كون المسلِم له أخذ دون ما وصف مع اتحاد النـوع ؛ فـلأن الحـق لـه فـإذا رضي بإسقاط حقه من الجودة كان له ذلك .

---

(١) في هـ: وزيد.

وأما كونه له أخذ نوع عن نوع آخر مع اتحاد الجنس؛ فلأن اتحادهما في الجنس يجعلهما كالشيء الواحد ولذلك حرم التفاضل بينهما.

وأما كونه لا يلزمه الأخذ؛ فلأن الإنسان لا يجبر على إسقاط حقه.

وأما كونه لا يجوز له أخذ جنس عن آخر؛ فلأن النبي ﷺ قال: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره»[1] رواه أبو داود.

وأما كونه يلزمه قبول الأجود مع اتحاد النوع؛ فلأنه أتاه بما تناوله العقد وزاده خيراً.

قال: **(فإن قال: خذه وزدني درهماً لم يجز. وإن جاءه بزيادة في القدر[2] فقال ذلك: صح).**

أما كون المسلم إليه إذا قال: خذه وزدني درهماً لا يجوز؛ فلأنه أفرد صفة الجودة بالبيع وذلك غير جائز.

ولأن بيع المسلم فيه قبل قبضه غير جائز فبيع صفته أولى.

وأما كونه إذا جاءه بزيادة في القدر فقال ذلك: يصح؛ فلأن الزيادة هنا يجوز إفرادها بالعقد.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٦٨) ٣: ٢٧٦ كتاب البيوع، باب السلف لا يحول.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٨٣) ٢:٧٦٦ كتاب التجارات، باب السلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم.

(٢) في هـ: العقد.

فصل [الشرط الثالث]

قال المصنف رحمه الله : (**الثالث : أن يذكر قدره بالكيل في المكيـل والـوزن في الموزون والذرع في المذروع . فإن أسـلم في المكيـل وزنـاً وفي المـوزون كيـلاً لم يصح**) .

أما كون ثالث الشروط[1] المتقدم ذكرها : أن يذكر قدر المسلم فيه بالكيل في المكيل والوزن في الموزون ؛ فـلأن النبي ﷺ قـال : « مـن أسـلف فليسـلف في كيـل معلوم ووزن معلوم »[2] .

وأمـا كـون ذكـر الـذرع في المـذروع كذكـر الكيـل في المكيـل والـوزن في الموزون ؛ فلأنه في معناهما .

ولأن ذلك عوض غير مشاهد يثبت في الذمة فاشترط معرفة قدره كالثمن .

وأما كـون السـلم في المكيـل وزنـاً وفي المـوزون كيـلاً لا يصـح ؛ فلأنـه مبيـع يشترط معرفة قدره فلم يصح بيعه بغير ما هـو مقـدر بـه في الأصـل كبيـع الربويـات بعضها ببعض .

ولأنه قدَّر المسلم فيه بغير ما هو مقدر به في الأصل فلم يصح كما لو أسلم في المذروع وزناً .

---

(١) في هـ : أما كون الثالث من الشروط.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٧٩.

قال: **(ولا بد أن يكون المكيال معلوماً، فإن شرط مكيلاً لا بعينه أو صنجة بعينها غير معلومة لم يصح)**.

أما كون المكيال لا بد وأن يكون معلوماً؛ فلأنه إذا كان مجهولاً تعذر الاستيفاء به وذلك مخل بالحكمة التي اشترط معرفة الكيل من أجلها.

وأما كون شرط مكيال بعينه أو صنجة بعينها لا يصح؛ فلأن ذلك قد يهلك فيتعذر معرفة المسلم فيه وذلك منفي لما تقدم ذكره.

قال: **(وفي المعدود المختلف غير الحيوان روايتان: إحداهما يسلم فيه عدداً، والأخرى وزناً. وقيل: يسلم في الجوز والبيض عدداً وفي الفواكه والبقول وزناً)**.

أما كون المعدود المختلف غير الحيوان يسلم فيه عدداً في روايةٍ؛ فلأنه يُقَدَّر بذلك عند العامة.

وأما كونه يسلم فيه وزناً في روايةٍ؛ فلأنه يتباين والوزن يضبطه.

وأما كونه يسلم في المعدود المتقارب كالجوز والبيض عدداً، وفي المتفاوت كالفواكه والبقول وزناً على قولٍ؛ فلأن التفاوت في المتقارب يسير ولهذا لا تكاد القيمة تتفاوت بين البيضتين والجوزتين بخلاف التفاوت في المتفاوت.

وأما تقييد المصنف رحمه الله المعدود المختلف بكونه غير حيوان؛ فلأن السلم في الحيوان لا يكون إلا عدداً فلا يجري فيه الخلاف المذكور.

فصل [الشرط الرابع]

قال المصنف رحمه الله : **(الرابع : أن يشترط أجلاً معلوماً له وقـع في الثمـن كالشهر ونحوه ، فإن أسلم حالاً أو إلى أجل قريب كـاليوم ونحـوه لم يصـح إلا أن يسلم في شيء يأخذ منه كل يوم أجزاء معلومة فيصح)** .

أما كون رابع الشروط[1] المتقدم ذكرهـا أن يشـترط أجـلاً ؛ فـلأن النبي ﷺ قال : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلـوم إلى أجـل معلـوم »[2] . أمـر بالأجل والأمر للوجوب .

ولأنه أَمَرَ بهذه الأمور تبيينـاً لشـروط السـلم ومنعـاً[3] منـه بدونهـا ولذلـك لا يصح إذا انتفى الكيل والوزن .

ولأن السلم إنما جاز رخصـة لـلرفق ولا يحصـل ذلـك إلا بـالأجل فكـان مـن شروطه كالكتابة .

ولأن الحلول يخرجه عن اسمه ومعنـاه : أمـا الإسـم فإنـه يسـمى سـلماً وسـلفاً لتعجّل أحد العوضين وتأخير الآخر ، وأما المعنى فظاهر .

وأما كون الأجل معلوماً فلقوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنـوا إذا تداينتـم بديـن إلى أجل مسمى﴾ [البقرة:٢٨٢] ، وقوله عليه السلام : « إلى أجل معلوم»[4] .

---

(١) في هـ : أما كون الرابع من الشروط.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٧٩.

(٣) في هـ: ومعناً.

(٤) سبق تخريجه ص: ١٧٩.

وأما كون الأجل له وقع في الثمن كما ذكر المصنف رحمه الله ؛ فلأن الأجل إنما اعتبر تحقيقاً للرفق ولا يحصل ذلك بما لا وقع له في الثمن .

فعلى هذا لا يصح في الحال ولا إلى أجل غير معلوم ولا إلى أجل لا وقع له في الثمن لفوات شرط الصحة .

وأما قول المصنف رحمه الله : إلا أن يسلم في شيء يأخذ منه كل يوم أجزاء فاستثناء لهذه الصورة مما تقدم ذكره لأن السلم في ذلك جائز وإن فات في بعضه الأجل المشترط في غيره لأن العرف جار بذلك والحاجة داعية إلى جوازه . وظاهر كلامه تعميم الجواز في كل شيء يؤخذ أجزاء معلومة .

وقال أبو الخطاب : فإن أسلم في لحم أو خبز يأخذ منه كل يوم أرطالاً معلومة جاز نص عليه . وظاهره الاختصاص بهما دون غيرهما . والعلة المتقدمة تدل عليه إذ العرف والحاجة يدلان على الصحة فيهما دون غيرهما .

قال : **(وإن أسلم في جنس إلى أجلين ، أو في جنسين إلى أجل صح)** .

أما كون السلم في جنس إلى أجلين يصح ؛ فلأن كل بيع صح إلى أجل صح إلى أجلين وآجال كبيوع الأعيان .

وأما كون السلم في جنسين كالحنطة والشعير والتمر والزبيب إلى أجل يصح ؛ فلأن جمعهما في عقد واحد حال صحيح . فكذلك السلم .

قال : **(ولا بد أن يكون الأجل مقدراً بزمن معلوم . فإن أسلم إلى الحصاد أو الجذاذ أو شرط الخيار إليه فعلى روايتين)** .

أما كون الأجل لا بد أن يكون مقدراً بزمن معلوم فلما تقدم من قول النبي ﷺ : «فليسلف إلى أجل معلوم »[1] .

(١) سبق تخريجه ص: ١٧٩.

وأما كون السلم إلى الحصـاد أو الجـذاذ لا يصـح علـى روايـةٍ فلمـا روى ابـن عباس أنه قال: « لا تبتاعوا إلى الحصاد والدياس ».

ولأن ذلك يختلف ويَقْرُب ويبعد فلا يصلح أن يكون أجلاً كقدوم زيد.

وأما كونه يصح على روايةٍ فـ « لأن ابن عمر كان يبتاع إلى العطاء ».

ولأن الاختلاف في ذلك يسير أشبه غير المختلف فيه.

وأما كونه إذا شرط الخيار إلى الحصاد أو الجذاذ فيه الخلاف المتقدم فلما مر.

قال: **(وإذا جاءه بالسلم قبل مَحِلّه ولا ضـرر في قبضـه لزمـه قبضـه، وإلا فلا)**.

أمـا كـون المسلِم يلزمـه قبـض مـا لا ضـرر في قبضـه كـالحديد والرصـاص والنحاس والزيت والعسل وسائر ما لا يختلف قديمه وحديثه إذا جـاء بـه قبـل محله؛ فلأن غرضه حاصل وزيادة تعجيل المنفعة فجرى مجرى زيادة الصفة.

وأما كونه لا يلزمه قبض مـا في قبضـه ضـرر إمـا لكونـه ممـا يتغـير كالفاكهـة والأطعمة كلها، وإما لكون قديمه دون حديثه كالحبوب ونحوها؛ فلأن له غرضاً في تأخيره بأن يحتاج إلى أكله أو إطعامه في ذلك الوقت. وكـذا الحيـوان لا يـلزم قبضـه قبل محله لأنه لا يـأمن تلفـه ويحتـاج إلى نفقـة وكـذا مـا يحتـاج في حفظـه إلى مؤونـة كالقطن ونحوه. وكذا لو كان الوقت مخوفاً يخشى تلف ما يقبضه لأن عليه ضرراً في قبضه و لم يأت محل استحقاقه فجرى مجرى نقصان الصفة فيه.

وفي قول المصنف رحمه الله: قبل مَحِلّه إشعار بأنه إذا جاء بالمسلَم فيه في محله لزمه قبضه سواء كان في قبضه ضرر أو لم يكن لأنه أتـاه بحقـه في محلـه فلزمـه قبضـه كالمبيع المعين. فإن امتنع من قبضه قيـل لـه إمـا أن تقبـض أو تـبرئ. فـإن امتنـع مـن أحدهما قبضه الحاكم وبرئت ذمة الدافع لأن الحاكم يقوم مقام الممتنع بولايته إلا أنه لا يملك الإبراء لما فيه من الضرر.

فصل [الشرط الخامس]

قال المصنف رحمه الله: **(الخامس: أن يكون المسلَمُ فيه عامَّ الوجود في محله. فإن كان لا يوجد فيه أو لا يوجد إلا نادراً كالسلم في العنب والرطب إلى غير وقته لم يصح. وإن أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قرية صغيرة لم يصح)**.

أما كون خامس الشروط[1] المتقدم ذكرها أن المسلَم فيه عامُّ الوجود في محله؛ فلأنه إذا لم يكن كذلك لم يمكن تسليمه فلم يصح كبيع الآبق، وبل أولى لأن السلم احتمل فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتمل فيه غرر آخر لئلا يكثر الغرر فيه.

وأما كون السلم فيما لا يوجد في محله أو لا يوجد إلا نادراً كالسلم في العنب والرطب إلى غير وقته لا يصح؛ فلأن شرطه أن يكون عام الوجود فيه لما تقدم وذلك مقصود فيما ذكر فلم يصح لانتفاء شرطه.

وأما[2] كون السلم في ثمرة بستان بعينه أو قرية صغيرة لا يصح؛ فلأنه لا يؤمن تلفه وانقطاعه أشبه ما لو أسلم في شيء قدره بمكيال بعينه أو صنجة بعينها وقد روي عن النبي ﷺ «أنه أسلف إليه يهودي في تمر فقال: من تمر حائط بني فلان فقال النبي ﷺ: أما من حائط بني فلان فلا ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى»[3] رواه الجوزجاني.

---

(١) في هـ: أما كون الخامس من الشروط.

(٢) في هـ: أما.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٨١) ٢: ٧٦٥ كتاب التجارات، باب السلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم. ولفظه: عن عبدالله بن سلام قال: «جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إن بني فلان أسلموا (لقوم من اليهود) ⇦

قال: **(وإن أسلم إلى محـل يوجـد فيـه عاماً فانقطع خُيِّر بين الصبر وبين الفسخ والرجوع برأس ماله أو عوضـه إن كـان معدوماً في أحـد الوجهين، وفي الآخر ينفسخ بنفس التعذر)**.

أما كون المسلم يخير فيما ذكر بين الصبر إلى أن يوجد وبين الفسخ في وجهٍ؛ فلأن المسلم إليه صار بانقطاع المسلم فيه عاجزاً عن دفعه وذلك يوجب الخيرة المذكورة. دليله ما لو ظهر المشتري معسراً.

وأما كون السلم ينفسخ بنفس التعذر في وجهٍ؛ فلأن المسلم فيه يجب أن يكون من ثمرة العام بدليل أنه يجب التسليم منها فإذا هلكت انفسخ العقد كما لو باع قفيزاً من صبرة فهلكت.

والصحيح الأول لأن العقد صح وإنما تعذر التسليم أشبه ما لو اشترى عبداً فأبق قبل القبض.

ولأنهما لو تراضيا على دفع المسلم فيه من غير ثمرة ذلك العام جاز وإنما أجبر على دفع ثمرة العام؛ لأنها على صفة ما وقع عليه العقد.

فعلى هذا إذا انفسخ العقد أو فسخه هو يرجع برأس ماله إن كان باقياً أو بمثله إن كان تالفاً وكان مثلياً وبقيمته إن لم يكن مثلياً لأن العقد إذا زال وجب رد الثمن فإن كان باقياً استحق عينه لأنه عين حقه وإن كان تالفاً وكان مثلياً استحق مثله كما لو أتلف مثلياً لآدمي وإن لم يكن مثلياً استحق قيمته كالمتلف.

وإنهم قد جاعُوا فأخاف أن يَرتدوا. فقال النبي ﷺ: من عنده؟ فقال رجل من اليهود: عندي كذا وكذا (لشيء قد سماه) أراه قال: ثلاثمائة دينار بسعر كذا وكذا من حائط بني فلان. فقال رسول الله ﷺ: بسعرِ كذا وكذا إلى أجل كذا وكذا وليس من حائطِ بني فلان)).

فصل [الشرط السادس]

قال المصنف رحمه الله: (**السادس: أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد. وهل يشترط كونه معلوم الصفة والقدر كالمسلم فيه؟ على وجهين**).

أما كون سادس الشروط[1] المتقدم ذكرها أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد؛ فلأنه عقد معاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق فلا يجوز التفرق فيه قبل القبض كالصرف.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله أنه يشترط قبض جميع الثمن. وصرح به الخرقي لأن ما اشترط قبضه في المجلس اشترط قبض كله كالصرف.

وأما كونه يشترط أن يكون معلوم الصفة والقدر على وجهٍ؛ فلأنه لا يمكن إتمامه في الحال ولا تسليم المعقود عليه ولا يؤمن من انفساخه فوجب معرفة رأس مال السلم صفة وقدراً كالقرض والشركة.

ولأنه لا يؤمن أن يظهر بعض الثمن مستحقاً فينفسخ العقد في قدره فلا يدري كما بقي وكم انفسخ.

فإن قيل: هذا موهوم والموهومات لا تعتبر؟

قيل: التوهم معتبر هاهنا لأن الأصل عدم الجواز وإنما جوز إذا أمن من الغرر ولم يؤمن هاهنا.

---

(١) في هـ: أما كون السادس من الشروط.

وأما كونه لا يشترط على وجهٍ؛ فلأنه عوض مشاهد فلم يحتج إلى معرفة ما ذكر.

قال: **(وإن أسلم ثمناً واحداً في جنسين لم يجز حتى يبين ثمن كل جنس)**.

أما كون ما ذكر لا يجوز مع عدم بيان ثمن كل جنس؛ فلأن ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يجز كما لو عقد عليه مفرداً بثمن مجهول.

ولأن فيه غرراً لأنه لا يؤمن الفسخ بتعذر أحدهما فلا يعرف ما يرجع به وهذا غرر يؤثر مثله في السلم.

وأما كونه يجوز مع البيان؛ فلأن المقتضي للمنع ما ذكر من الجهالة والغرر وكلاهما منتف فيما ذكر.

فصل [الشرط السابع]

قال المصنف رحمه الله: (**السابع: أن يسلم في الذمة، فإن أسلم في عين لم يصح. ولا يشترط ذكر مكان الإيفاء إلا أن يكون موضع العقد لا يمكن الوفاء فيه كالبرية فيشترط ذكره ويكون الوفاء في مكان العقد، فإن شرط الوفاء فيه كان تأكيداً وإن شرطه في غيره صح. وعنه: لا يصح**).

أما كون سابع الشروط[1] المتقدم ذكرها أن يسلم في الذمة؛ فلأن العين لا يؤمن تلفها فيتعذر تسليمها عند انقضاء الأجل.

ولأنه إذا لم يجز السلم في ثمرة بستان بعينه؛ فلأن لا يجوز في عين بطريق الأولى.

وأما كون السلم في عين لا يصح؛ فلأن شرطه أن يكون في الذمة لما تقدم وذلك مفقود في العين.

وأما كون ذكر مكان الإيفاء إذا كان موضع العقد مما يمكن الوفاء فيه كمدينة وقرية ونحوهما لا يشترط؛ فلأن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار فقال: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[2] ولم يذكر مكان الإيفاء.

ولأنه عقد معاوضة فلا يشترط فيه ذكر مكان الإيفاء كبيوع الأعيان.

---

(1) في هـ: أما كون السابع من الشروط.

(2) سبق تخريجه ص: ١٧٩.

وأما كون ذكر مكان الوفاء إذا كان موضع العقد لا يمكن الوفاء فيه كالبرية ونحوها يشترط ؛ فلأن الوفاء في موضع العقد متعذر وليس البعض أولى من البعض فوجب تعيينه بالقول كالمكيل والموزون .

وأما كون الوفاء في مكان العقد في موضع لا يشترط ذكره ؛ فلأنه عقد معاوضة أشبه البيع .

وأما كون شرط الوفاء في مكان العقد تأكيداً ؛ فلأنه شرط ما هو مقتضى العقد فيكون مؤكداً له لأن ذلك يزيل اللبس .

وأما كونه إذا شرطه في مكان غيره يصح على المذهب فقياس على بيوع الأعيان ومكان العقد .

وأما كونه لا يصح على روايةٍ ؛ فلأنه شرط خلاف مقتضى العقد لأن العقد يقتضي إيفاءه في مكانه فلم يصح كما لو شرط أن لا يسلمه .

قال : **(ولا يصح بيع المسلَم فيه قبل قبضه ، ولا هبته ، ولا أخذ غيره مكانه ، ولا الحوالة به)** .

أما كون بيع ما ذكر لا يصح فـ «لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه»[1] . و «عن ربح ما لم يضمن»[2] .

ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه فلم يصح بيعه قبل قبضه كالطعام قبل قبضه .

ويدخل في قول المصنف رحمه الله : ولا يصح بيع المسلَم فيه الشركة فيه والتولية فيه لأنهما بيع في الحقيقة لأن الشركة بيع لبعضه بقسطه من الثمن والتولية بيع لجميعه بجميع الثمن .

وأما كون هبته لا تصح ؛ فلأنها نقل للملك قبل قبضه فلم يصح كالبيع .

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٢٨.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٣٠.

وأما كون أخذ غيره مكانه لا يصح ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره »[1] . رواه ابن ماجة .

ولأن أخذ العوض عن المسلم فيه بيع له فلم يصح كبيعه من غيره .

وأما كون الحوالة لا تصح ؛ فلأن الحوالة إنما تصح على دين مستقر والسلم بعرضية الفسخ .

ولأنه نقل للملك في المسلم فيه على غير وجه الفسخ فلم يصح كالبيع .

قال المصنف رحمه الله في المغني : ومعنى الحوالة به : أن يكون لرجل طعام من سلم وعليه مثل ذلك الطعام من قرض أو سلم آخر فيحيل بما عليه من الطعام على الذي له عنده السلم .

وإن أحال المسلم إليه المسلم بالذي عليه لم يصح أيضاً[2] .

قال : **(ويجوز بيع الدين المستقر لمن هو في ذمته بشرط أن يقبض عوضه في المجلس ، ولا يجوز لغيره)** .

أما كون بيع الدين المستقر لمن هو في ذمته يجوز ؛ فلأن ابن عمر قال : « كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه من هذه وهذه من هذه فأتيت رسول الله ﷺ وهو في بيت حفصة . فقلت : رويدك أسألك . إني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه . فقال رسول الله ﷺ : لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تتفرقا وليس بينكما شيء»[3] رواه أبو داود والترمذي .

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٨٨.

(٢) في هـ: وإن أحال المسلم إليه بالذي عليه أيضا لم يصح .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥٤) ٣: ٢٥٠ كتاب البيوع، باب في اقتضاء الذهب من الورق.

وأما قول المصنف رحمه الله: بشرط أن يقبض عوضه في المجلس فتنبيه على اشتراط قبض العوض في المجلس. والأصل فيه ما تقدم من الحديث.

ولأنه إذا لم يقبض صار بيع دين بدين وذلك لا يجوز لما تقدم.

وفي قوله: المستقر إشعار بأنه لا يجوز بيع غير المستقر لمن هو في ذمته كالسلم ونحوه وقد صرح به في المغني. ودليله ما مر من قوله عليه السلام: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»[1].

وأما كون بيعه لغير من هو في ذمته لا يجوز؛ فلأنه غير قادر على تسليمه أشبه بيع الآبق.

قال: **(وتجوز الإقالة في السلم، وتجوز في بعضه في إحدى الروايتين إذا قبض رأس مال السلم أو عوضه في مجلس الإقالة، وإن انفسخ العقد بإقالة أو غيرها لم يجز أن يأخذ عن الثمن عوضاً من غير جنسه)**.

أما كون الإقالة في السلم تجوز؛ فلأنها فسخ على الصحيح ورفع للعقد من أصله.

وأما كونها تجوز في البعض في روايةٍ؛ فلأن الإقالة مندوب إليها. وكل مندوب إليه جاز في الجميع جاز في البعض كالإبراء.

⇨

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٤٢) ٣: ٥٤٤ كتاب البيوع، باب ما جاء في الصرف.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٨٢) ٧: ٢٨١ كتاب البيوع، بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٦٢٦) ٢: ٧٦٠ كتاب البيوع، باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب.

وأخرجه أحمد في مسنده (٥٥٥٥) ٢: ٨٣.

(١) سبق تخريجه ص: ١٨٨.

وأما كونها لا تجوز فيه في روايةٍ ؛ فلأن السلَم يقل فيه الثمن من أجل التأجيل فإذا فسخ في البعض بقي البعض بالباقي من الثمن وبمنفعة الجزء الذي فسخ فيه فلم يجز كما لو شرطه في ابتداء العقد .

وقول المصنف رحمه الله : إذا قبض رأس مال السلم أو عوضه في مجلس الإقالة مشعر بأنه لا تجوز الإقالة في البعض إذا لم يوجد قبض أحد الأمرين وهو صحيح صرح به أصحابنا .

ووجهه : أنه إذا لم يقبض أحد الأمرين يصير ذلك القدر ديناً على المسلم إليه وعليه بقدر السلم فيصير ذلك بمعنى البيع والسلف وهو منهي عنه .

وأما أخذ العوض عن ثمن ما انفسخ بإقالة أو غيرها من غير جنسه لا يجوز فلما تقدم من قول النبي ﷺ : « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره »[1] .

ولأن ما ذكر رأس مال السلم فلم يجز أخذ العوض عنه كالمسلم فيه .

وقول المصنف رحمه الله : من غير جنسه فيه إشعار بأنه يجوز له الأخذ من جنسه لأنه إذا جاز له أخذ النوع عن النوع في السلم بشرط اتحاد الجنس ؛ فلأن يجوز أخذ النوع عن نوع آخر برأس مال السلم بطريق الأولى .

قال : **(وإن كان لرجل سَلَم وعليه سَلَم من جنسه فقال لغريمه : اقبض سلمي لنفسك ففعل لم يصح قبضه لنفسه ، وهل يقع قبضه للآمر؟ على وجهين . وإن قال : اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك صح . وإن قال : أنا أقبضه لنفسي وخذه بالكيل الذي تشاهده فهل يجوز؟ على روايتين . وإن اكتاله ثم تركه في المكيال وسلمه إلى غريمه فقبضه صح القبض لهما)** .

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٨٨.

أما كون المسلِم لا يصح قبضه لنفسه فيما إذا قال له المسلم إليه : اقبض سلمي لنفسك ؛ فلأنه لا يجوز قبضه لنفسه قبل قبض مالكه له .

وأما كون القبض يقع للآمر على وجهٍ ؛ فلأنه أذن لـه في القبـض أشبه قبـض وكيله .

وأما كونه لا يقع له على وجهٍ ؛ فلأنه لم يجعله نائباً عنه في القبض فلا يقـع لـه بخلاف الوكيل . فعلى الأول يكون ملكاً للمسلم إليه لأنه إنما يزول ملكه عنه بقبض المسلم أو نائبه و لم يوجد .

وأمـا كـون قبـض المسلِم لنفسـه يصـح فيمـا إذا قـال : اقبضـه لي ثـم اقبضـه لنفسك ؛ فلأنه وكله في قبضه فإذا قبضه لموكله وجب أن يصح لوجود الإذن وعدم المفسد وإذا صح أن يقبضه لموكله صح أن يقبضه لنفسه بعد ذلك كما لـو كـان لـه وديعة عند من له عليه دين فقال المدين له : اقبض حقك مما لي عندك .

وأما كونه إذا قال : أنا أقبضه لنفسي وخذه بالكيل الذي تشاهده يجوز على روايةٍ ؛ فلأنه قد شاهد كيله وعلمه فلا معنى لاعتبار كيله مرة ثانية .

وأما كونه لا يجوز على روايةٍ فـ « لأن النبي ﷺ نهـى عـن بيـع الطعـام حتـى يجري فيه الصاعان »[1] . وهذا داخل فيه .

ولأنه قبضه بغير كيل أشبه ما لو قبضه جزافاً .

وأما كون القبض يصح لكل واحد من المدين ورب المال إذا اكتالـه ثـم تركـه في المكيال وسلمه إلى غريمه فقبضه ؛ فلأن الأول قد اكتاله حقيقة والثـاني حصـل لـه استمرار الكيـل واستمرار الكيـل كيـل كمـا أن استدامة اللبـس والركـوب لبـس وركوب .

(١) سبق تخريجه ص: ١٣٢.

قال: **(وإن قبض المسلم فيه جزافاً فالقول قوله في قدره، وإن قبضه كيلاً أو وزناً ثم ادعى غلطاً لم يقبل قوله في أحد الوجهين)**.

أما كون القول قول القابض في قدر المسلم فيه المقبوض جزافاً؛ فلأنه منكر، والقول قول المنكر.

وأما كونه لا يقبل قوله إذا قبضه كيلاً أو وزناً ثم ادعى غلطاً في وجهٍ؛ فلأنه ادعى خلاف الظاهر فلم يقبل قوله.

وأما كونه يقبل في وجهٍ؛ فلأن الأصل أنه لم يقبض غير ما ثبت بإقراره.

قال: **(وهل يجوز الرهن والكفيل بالمسلم فيه؟ على روايتين)**.

أما كون الرهن بالمسلم[1] فيه يجوز على روايةٍ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه -إلى قوله-: فرهان مقبوضة﴾ [البقرة:٢٨٢]. وجه الحجة منه: أن ابن عباس وابن عمر قالا: المراد به السَّلَم.

ولأن اللفظ عام فيدخل فيه السلم.

ولأنه أحد نوعي البيع فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه كبيوع الأعيان؟

وأما كونه لا يجوز على روايةٍ؛ فلأن الرهن إن أُخذ برأس مال السلم فهو آخذ للرهن بما ليس بواجب ولا مآله إلى الوجوب، وإن أُخذ بالمسلم فيه فالرهن إنما يجوز بشيء يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن.

ولأنه لا يؤمن هلاك الرهن في يده بعدوان فيصير مستوفياً لحقه من غير المسلم فيه وقد قال النبي ﷺ: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»[2] رواه أبو داود.

---

(١) في هـ: المسلم.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٨٨.

وأما كون الكفالة بالمسلم فيه تجوز على روايةٍ ولا تجـوز على روايـةٍ ؛ فلأنهـا وثيقة أشبهت الرهن .

باب القرض

القرض جائز بالسنة والإجماع : أما السنة فما روى أبو رافع « أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكراً »[1] .

وعن ابن مسعود قال : قال رسول ا لله ﷺ : « رأيتُ ليلةَ أسريَ بي على بابِ الجنةِ مكتوباً : الصدقةُ بعشرِ أمثالها والقرضُ بثمانيةَ عشر . فقلتُ : يا جبريل! ما بالُ القرضِ أفضلُ من الصدقة ؟ قال : لأن السائلَ يسألُ وعنده . والمستقرضُ لا يَستقرضُ إلا مِن حاجَة »[2] رواهما ابن ماجة .

وأما الإجماع فأجمع المسلمون في الجملة على جواز القرض .

قال المصنف رحمه ا لله : **(وهو من المرافق المندوب إليها ، ويصح في كل عين يجوز بيعها إلا بني آدم ، والجواهر ونحوها مما لا يصح السلم فيه في أحد الوجهين فيهما)** .

أما كون القرض من المرافق التي ندب الشرع إليها فلما تقدم من حديث ابن مسعود ، وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : «من كَشفَ عن مسلمٍ كُربةً من كُربِ الدنيا كَشفَ ا للهُ عنه كُربةً من كُربِ يومِ القيامة . وا للهُ في عَونِ العبدِ ما دامَ العبدُ في عونِ أخيه »[3] .

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٨١.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٣١) ٢: ٨١٢ كتاب الصدقات، باب القرض.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٦٩٩) ٤: ٢٠٧٤ كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر.

⇦

وعن أبي الدرداء أنه قال: « لأن أُقرض دينارين ثم يُـرَدّا ثـم أقرضهمـا أحـب إليَّ من أن أتصدق بهما »[1].

وفي قول المصنف: المندوب إليها إشعار بأنه ليس بواجب وهـو صحيح لأنـه من المعروف أشبه صدقة التطوع.

وأما كون القرض يصـح في كـل عـين يجـوز بيعهـا مـا عـدا المسـتثنى؛ فـلأن مقصود القرض حاصل من ذلك لأنه ينتفع به ويتمكن من بيعه.

وأما كـون بـني آدم لا يصـح قرضهـم في وجـهٍ؛ فلأنـه لم ينقـل ولا هـو مـن المرافق.

ولأنه يفضي إلى أن يقترض جارية يطؤها ثم يردها.

وأما كونه يصح في وجهٍ؛ فلأن السلم فيهم جائز فصح قرضهم كالبهائم.

وأما كون الجواهر ونحوها مما لا يصح السلم فيه لا يصـح قرضهـا؛ فلأنهـا لا تنضبط بالصفة ولا يمكن فيها رد المثل، ومقتضى القرض رد المثل.

وأما كونها يصح قرضها في وجهٍ وهـو للقـاضي؛ فـلأن مـا لا مثـل لـه تجـب قيمته والجواهر وشبهها كغيرها في القيمة.

وقول المصنف رحمه الله: في أحد الوجهين متعلق بالمسـتثنى لا بقولـه: ممـا لا يصح السلم فيه. وقوله: فيهما راجع إلى بني آدم والجواهر ونحوهـا لأنـه لـو لم يقـل فيهما لتوهم أن الوجهين في الجواهر دون بني آدم.

⇨

وأخرجه أبو داود في سننه (٤٩٤٦) ٤: ٢٨٧ كتاب الأدب، باب في المعونة للمسلم.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٩٣٠) ٤: ٣٢٦ كتاب البر والصلة، باب ما جاء في السترة على المسلم. قال الترمذي: هذا حديث حسن.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٥) ١: ٨٢ المقدمة، باب فضل العلماء والحث على طلب العلم.

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٥٣ كتاب البيوع، باب ما جاء في فضل الإقراض.

قال: **(ويثبت الملك فيه بالقبض فلا يملك المقرض استرجاعه، وله طلب بدله، فإن رده المقترض عليه لزمه قبوله ما لم يتعيب أو يكن فلوساً أو مكسرة فيحرمها السلطان فتكون له القيمة وقت القرض)**.

أما كون الملك يثبت في القرض بالقبض؛ فلأنه عقد تمليك فيثبت الملك فيه بالقبض كالهبة.

وأما كون المقرض لا يملك استرجاعه؛ فلأنه أزال ملكه بعوض من غير خيار فلم يكن له الرجوع فيه كالبيع.

وأما كونه له طلب بدله؛ فلأن العوض يثبت في الذمة حالاً فكان له طلبه كسائر الديون الحالة.

وأما كونه يلزمه قبوله إذا رده المقترض بشرطه؛ فلأنه رده على صفة حقه فلزمه قبوله كما لو أعطاه غيره وكما في عقد السلم. واشترط المصنف رحمه الله في لزوم القبول شرطين:

أحدهما: أن لا يكون قد تعيب كحنطة ابتلت أو عفنت وما أشبه ذلك لأنه لم يدفع ذلك على صفة حقه.

الثاني: أن لا يكون فلوساً أو مكسرة فيحرمها السلطان؛ لأن ذلك معنى يمتنع إنفاقها ويبطل ماليتها. أشبه كسرها أو تلف أجزائها.

وأما كونه له القيمة وقت القرض؛ فلأن ذلك حينئذ يثبت في ذمته فوجب اعتبار القيمة به لأنه وقت الوجوب.

قال: **(ويجب رد المثل في المكيل والموزون، والقيمة في الجواهر ونحوها، وفيما سوى ذلك وجهان)**.

أما كون رد المثل في المكيل والموزون يجب فلا خلاف فيه.

ولأن رد المثل أقرب شبهاً بالقرض من القيمة.

وأما كون رد القيمة في الجواهر ونحوها يجب ؛ فلأن ذلك لا مثل له أشبه ما لو أتلفه .

وأما كون رد القيمة فيما سوى ذلك كالحيوان وشبهه يجب في وجهٍ ؛ فلأنه لا مثل له أشبه الجواهر .

وأما كون رد المثل تقريباً يجب في وجهٍ فـ « لأن النبي ﷺ استسلف من رجل بكراً فرد خيراً منه »[1] . وهو مثله تقريباً . وخالف هذا الإتلاف لأن القيمة أخصر ولا مسامحة فيه والقرض أسهل ولهذا جازت النسيئة فيه فيما فيه الربا .

قال : **(ويثبت العوض في الذمة حالاً وإن أجله ، ويجوز شرط الرهن والضمين فيه ولا يجوز شرط ما يجر نفعاً نحو : أن يسكنه داره أو يقضيه خيراً منه أو في بلد آخر . ويحتمل جواز هذا الشرط)** .

أما كون عوض القرض يثبت العوض في الذمة حالاً ؛ فلأنه بدل شيء مقبوض أشبه عوض ثمن المبيع إذا ظهر مستحقاً .

وأما كونه يثبت حالاً وإن أجله ؛ فلأنه حال لما تقدم والحال لا يتأجل بالتأجيل :

وأما كون القرض يجوز شرط الرهن فيه ؛ فلأنه يصح الرهن فيه « لأن النبي ﷺ رهن درعه على شعير اقترضه لأهله »[2] . وما جاز فعله جاز شرطه .

ولأن الرهن إنما يراد للتوثق بالحق وليس ذلك بزيادة .

وأما كونه يجوز شرط الضمين فيه ؛ فلأنه في معنى الرهن .

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٨١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٧٣) ٢: ٨٨٧ كتاب الرهن، باب في الرهن في الحضر.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢١٥) ٣: ٥١٩ كتاب البيوع، باب ما جاء في الرخصة في الشراء إلى أجل.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦١٠) ٧:٢٨٨ كتاب البيوع، الرهن في الحضر.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٣٧) ٢: ٨١٥ كتاب الرهون.

وأما كونه لا يجوز شرط ما يجر نفعاً؛ فلأنه يروى عن النبي ﷺ أنه قال: «كل قرض جر منفعة فهو حرام»[1].

وعن أبي بن كعب وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم «أنهم نهوا عن قرض جر منفعة».

ولأنه عقد إرفاق وقربة فإذا شُرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه.

وأما قول المصنف رحمه الله: نحو أن يسكنه داره أو يقضيه خيراً منه أو في بلد آخر فتمثيل لصور فيها نفع بسبب الشرط.

وقوله: ويحتمل جواز هذا الشرط راجع إلى شرط القضاء في بلد آخر. ولذلك قيده بهذا. وفي ذلك وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأن فيه نفعاً في الجملة ولهذا قالوا: يجوز قرض مال اليتيم للمصلحة مثل: أن يقرضه في بلد ليوفيه في بلد آخر فيربح خطر الطريق.

والثاني: يجوز لأنه ليس بزيادة في قدر ولا صفة بل فيه مصلحة لهما فجاز كشرط الرهن.

وفصل المصنف في المغني فقال: إن كان المقرض يحمله مؤنة لم يجز لأنه زيادة، وإن لم يكن يحمله مؤنة جاز لأنه رفق بهما جميعاً ومصلحة في حقهما من غير ضرر والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة منها.

قال: **(وإن فعله بغير شرط أو قضاه خيراً منه أو أهدى له هدية بعد الوفاء جاز؛ «لأن النبي ﷺ استسلف بكراً فرد خيراً منه وقال: خيركم أحسنكم**

---

(١) لم أقف عليه هكذا. وقد أخرج البيهقي في السنن الكبرى عن فضالة بن عبيد صاحب النبي ﷺ أنه قال: «كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا». ٥: ٣٥٠ كتاب البيوع، باب كل قرض جر منفعة فهو ربا.

قضاء»[1] . وإن فعله قبل الوفاء لم يجز إلا أن تكون العادة جارية بينهما به قبل القرض) .

أما كون فعل المقترض ما فيه نفع وقضائه خيراً مما اقترض[2] وهديته بعد الوفاء بغير شرط يجوز فلما ذكر المصنف رحمه الله من أن النبي ﷺ رد خيراً ومدح فاعله .

وأما كون ذلك قبل الوفاء مع عدم العادة لا يجوز فلما روي « أن رجلاً كان له على سَمّاك عشرون درهماً فجعل يهدي له السمك ويقومه حتى بلغ ثلاثة عشر درهماً فسأل ابن عباس فقال : أعطه سبعة دراهم »[3] رواه الأثرم .

وعن أنس قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا أقرضَ أحدكُم قرضاً فأهدَى إليه أو حَملهُ على الدابةِ فلا يَركبْهَا ولا يَقبلهُ إلا أن يكونَ جرى بينهُ وبينهُ قبلَ ذلك »[4] رواه ابن ماجة .

وأما كون ذلك مع العادة يجوز فلما تقدم من حديث أنس .

ولأن مع العادة يكون سبب ذلك العادة لا القرض فلا يكون ذلك نفعاً جره القرض .

فإن قيل : قول المصنف رحمه الله : بعد الوفاء بم يتعلق؟

قيل : يحتمل أن يتعلق بأهدى .

فعلى هذا يكون فعل ما يجر نفعاً غير مقيد وذلك يقتضي أن المقترض لو أسكن المقرض داره بغير عوض جاز إذا كان بغير شرط سواء كان ذلك قبل الوفاء

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٨١.

(٢) في هـ: أقرض.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٤٩ كتاب البيوع، باب كل قرض جر منفعة فهو ربا.

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٣٢) ٢: ٨١٣ كتاب الصدقات، باب القرض. قال في الزوائد: في إسناده عتبة بن حميد الضبي، ضعفه أحمد وأبوحاتم وذكره ابن حبان في الثقات ، ويحيى بن أبي إسحاق لا يعرف حاله.

أو بعده لأن المقترض فعل ذلك من غير شرط أشبه ما لو لم يكن للمقرض عنده شيء، ويحتمل أن يتعلق ذلك بقوله: وإن فعله بغير شرط.

فعلى هذا لا يجوز أن يسكنه داره ونحو ذلك قبل الوفاء لأنه يصير القرض قرضاً يجر نفعاً ويجوز بعده لأنه حينئذ لا دين له عليه أشبه من لم يقترض منه بالكلية. وهذا الاحتمال موافق لما في المغني والكافي فإن المصنف صرح بالمنع فيما ذكر قبل الوفاء. والاحتمال الأول ظاهر كلام المصنف هنا ويوافق قول طائفة من الأصحاب.

قال صاحب الهداية فيها: ولا يجوز كل شرط يجر منفعة مثل: أن يقرضه على أن يسكنه داره أو يعطيه أجود مما أخذ أو يكتب له به سفتجة إلى بلد آخر فإن بدأه المقترض بفعل ذلك من غير شرط جاز. ويؤيد هذا الاحتمال أن بعد الوفاء إذا لم يختص بالهدية يجب أن يكون طرفاً لما قبله من المسائل وذلك لا يصح في قوله: أو قضاه خيراً منه لأن القضاء يستحيل أن يكون بعد الوفاء لأن القضاء نفس الوفاء والشيء يستحيل أن يكون بعد نفسه.

فعلى هذا كل نفع يوجد بعد الوفاء يجوز لما تقدم وكل نفع يوجد قبله ينظر فيه فإن لم يكن بينهما عادة به: فعلى الاحتمال الأول وما نقله الأصحاب يجوز ما لم يكن هدية، وعلى الاحتمال الثاني وما نقله المصنف في المغني والكافي لا يجوز وهو أظهر دليلاً من حيث الأثر والمعنى: أما الأثر فعموم قوله عليه السلام: «كل قرض جر منفعة حرام»[1]، ونهي الصحابة المتقدم ذكرهم عن قرض جر منفعة[2].

وأما المعنى فهو أن الأصحاب اتفقوا على المنع من الهدية قبل الوفاء. ولا فرق بينها وبين سكنى الدار ونحو ذلك.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢١٠.

(٢) ر ص: ٢١٠.

فإن قيل: لو وجد ذلك حالة الوفاء؟

قيل: ينظر فيه فإن كان النفع صفة في الوفاء مثل: أن يقضيه خيراً منه جاز لما تقدم. وإن كان زيادة في القضاء مثل: أن يقرضه درهماً فيعطيه أكثر منه لم يجز لأنه ربا.

وقال المصنف في المغني والكافي: تجوز الزيادة في الصفة والقدر لما تقدم من الحديث وحكى أبو الخطاب من غير تقييد روايتين.

قال: **(وإن أقرضه أثماناً فطالبه بها ببلد آخر لزمته، وإن أقرضه غيرها لم تلزمه. فإن طالبه بالقيمة لزمه أداؤها)**.

أما كون المقترض تلزمه الأثمان فيما ذكر؛ فلأنه أمكنه قضاء الحق من غير ضرر فلزمه كما لو طالبه في بلد القرض.

وأما كونه لا يلزمه غير الأثمان كالحنطة والشعير وغير ذلك مما لنقله مؤونة؛ فلأن عليه مؤونة في حمله[1].

وأما كونه يلزمه أداء القيمة؛ فلأنه إذا تعذر رد المثل تعينت القيمة.

(١) في هـ: تحمله.

باب الرهن

الرهن في اللغة : الثبوت . يقال : ماء راهن أي راكد ، ونعمة راهنة أي ثابتة دائمة . قال الشاعر :

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأضحى الرهن قد غلقا

وفي الشرع : المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى منه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه .

وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾ [البقرة:٢٨٣].

وأما السنة فما روت عائشة رضي الله عنها « أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه »[١] متفق عليه .

وروى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « الظهرُ يُرْكَبُ بنفقتِهِ إذا كانَ مَرهوناً ، وعلى الذي يَركبُ ويشربُ النفقة »[٢] رواه البخاري .

وعنه أن رسول الله ﷺ قال : « لا يَغْلَقُ الرهن »[٣] رواه ابن ماجة .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٧٨) ٢: ٨٨٨ كتاب الرهن، باب الرهن عند اليهود وغيرهم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٠٣) ٣: ١٢٢٦ كتاب المساقاة، باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٧٧) ٢: ٨٨٨ كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٤١) ٢: ٨١٦ كتاب الرهون، باب لا يغلق الرهن. قال في الزوائد: في إسناده محمد بن حميد الرازي ، وإن وثقه ابن معين في الرواية فقد ضعفه في أخرى . وضعفه أحمد والنسائي والجوزجاني . وقال ابن حبان: يروي عن الثقات المقلوبات . وقال ابن معين: كذاب.

وأما الإجماع فأجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة.

قال المصنف رحمه الله: **(وهو وثيقة بالحق لازم في حق الراهن جائز في حق المرتهن يجوز عقده مع الحق وبعده ولا يجوز قبله إلا عند أبي الخطاب)**.

أما كون الرهن وثيقة بالحق؛ فلأن الحق يستوفى منه عند تعذر الوفاء من المدين.

وأما كونه لازماً في حق الراهن؛ فلأن الحظ في الرهن لغيره فلزم من جهته كالضمان في حق الضامن.

ولأنه وثيقة أشبه الضمان.

وأما كونه جائزاً في حق المرتهن؛ فلأن الحظ فيه له وحده فكان له فسخه كالمضمون له.

وأما كونه جائزاً مع الحق مثل أن يقول: بعتك ثوبي هذا بعشرة إلى شهر ترهنني بها عبدك فلاناً فيقول: اشتريت منك ورهنتك عبدي؛ فلأن الحاجة داعية إلى جوازه لأنه لو لم يجز مع ثبوت الحق كان من عليه الحق بالخيار بين أن يرهن وبين أن لا يرهن.

وأما كونه جائزاً بعد الحق فبالإجماع.

ولأنه دين ثابت تدعو الحاجة إلى أخذ الوثيقة به.

ولأن الله قال: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾ [البقرة:٢٨٣] جعله بدلاً عن الكتابة فيكون في محلها وكتابة الدين تكون صحيحة بعد وجوبه وفي الآية ما يدل على ذلك وهو قوله تعالى: ﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ [البقرة:٢٨٢] ذكره بفاء التعقيب.

وأما كونه لا يجوز قبله على المذهب؛ فلأن الرهن وثيقة بحق فلم يجز قبل ثبوته كالشهادة.

ولأن الرهن بيع فلم يجز أن يتقدم الحق كالثمن لا يتقدم المبيع[1].

وأما كونه يجوز عند أبي الخطاب؛ فلأنه وثيقة بحق فجاز قبل الحق كالضمان، أو فجاز على حق يحدث في المستقبل كضمان الدرك.

فإن قيل: ما صورة المسألة؟

قيل: هي أن يدفع إلى رجل ثوباً ويقول: رهنتك هذا على عشرة دراهم تقرضنيها غداً ثم يقرضه الدراهم المذكورة.

قال: **(ويصح رهن كل عين يجوز بيعها إلا المكاتب إذا قلنا استدامة القبض شرط لم يجز رهنه)**.

أما كون رهن كل عين يجوز بيعها ما خلا المكاتب يصح؛ فلأن مقصود الرهن الاستيثاق ليتوصل إلى استيفاء الحق من ثمنه عند تعذر الوفاء من الراهن وهو حاصل في رهن كل عين يجوز بيعها.

وأما كون رهن المكاتب إذا قيل استدامة القبض شرط لا يصح؛ فلأن استدامة القبض تنافي عقد الكتابة لأن المكاتب يحتاج إلى التصرف والتنقل والتسبب في أداء كتابته.

وأما قول المصنف رحمه الله: إذا قلنا استدامة القبض شرط فمشعر بأن في الاستدامة خلافاً وسيأتي ذكر ذلك مفصلاً إن شاء الله تعالى.

قال: **(ويجوز رهن ما يسرع إليه الفساد بدين مؤجل ويباع ويجعل ثمنه رهناً)**.

أما كون رهن ما يسرع إليه الفساد بدين كالعنب والرطب والبطيخ؛ فلأنه يجوز بيعه فيحصل مقصود الرهن.

---

(١) في و: البيع.

وقول المصنف رحمه الله : بدين مؤجل ليس قيداً في المسألة بل ذكره تنبيها على أن التأجيل لا أثر له في منع صحة ذلك وذلك أنه ربما توهم أن عقد الرهن يقتضي بقاء المرهون إلى استحقاق الاستيفاء فإذا كان الدين مؤجلاً أدت الصحة إلى مخالفة الاقتضاء المذكور وليس كذلك لأن بيع ما ذكر وجعل ثمنه مكانه يقوم مقام العين لأن الثمن بدل العين وبدل الشيء يقوم مقامه .

وأما كونه يباع ؛ فلأن تركه يؤدي إلى تلفه وضياعه وذلك منهي عنه .

ولم يفرق المصنف رحمه الله بين ما يمكن تجفيفه كالعنب والرطب وبين ما لا يمكن تجفيفه كالبطيخ والطبيخ . وصرح في المغني بأن ما يمكن تجفيفه يجب على الراهن أن يجففه لأن ذلك من مؤونة حفظه وتبقيته فكان على الراهن كنفقة الحيوان وأن ما لا يمكن تجفيفه يباع لما في تركه من ضياع المال وهذا صحيح يجب حمل كلام المصنف عليه .

وأما كونه يجعل ثمن الرهن رهناً ؛ فلأنه بدل عن رهن وحكم البدل حكم المبدل .

قال : **(ويجوز رهن المشاع ثم إن رضي الشريك والمرتهن بكونه في يد أحدهما أو غيرهما جاز وإن اختلفا جعله الحاكم في يد أمين أمانة أو بأجرة)** .

أما كون رهن المشاع يجوز ؛ فلأنه يجوز بيعه فجاز رهنه كالمفرز .

وأما كونه إذا رضي الشريك والمرتهن بكونه في يد أحدهما أو غيرهما يجوز ؛ فلأن الحق لهما لا يعدوهما .

وأما كون الحاكم يجعل ذلك في يد أمين أمانة أو بأجرة إذا اختلف الشريك والمرتهن ؛ فلأن قبض المرتهن واجب ولا يمكن ذلك منفرداً لكونه مشاعاً فيتعين ما ذكر ؛ لكونه وسيلة إلى القبض الواجب .

قال: **(ويجوز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه إلا على ثمنه في أحد الوجهين)**.

أما كون رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه على غير ثمنه يجوز؛ فلأنه يجوز بيعه قبل قبضه، وما جاز بيعه جاز رهنه لما تقدم ذكره قبل[1].

وأما كون رهنه قبل قبضه على ثمنه يجوز في وجهٍ؛ فلأن الثمن صار ديناً في الذمة والمبيع صار ملكاً للمشتري فجاز رهنه بالثمن كغيره من الديون.

وأما كونه لا يجوز في وجهٍ؛ فلأن المبيع محبوس بالثمن فلا فائدة في صيرورته رهناً.

ولأن بين الرهن والبيع تنافيا لأن حكم الرهن أن يباع في الدين عند التعذر وحكم البيع إيفاء الثمن من غيره.

ولأن البيع يقتضي تسليم المبيع أولاً والرهن يقتضي تسليم الدين أولاً.

وأما كون رهن المكيل والموزون قبل قبضه لا يجوز فمبني على الرواية التي اختارها المصنف رحمه الله وهي أن المنع من بيع المبيع قبل قبضه مختص بالمكيل والموزون وقد تقدم في ذلك أربع روايات[2]:

إحداها: أن المنع مختص بهما.

والثانية: أن ذلك مختص بالمبيع غير المعين كقفيز من صبرة.

فعلى هذه لا يجوز رهن المعين قبل قبضه ويجوز رهن ما عداه على غير ثمنه، وفي رهنه على ثمنه الخلاف.

والثالثة: أن المنع من البيع مختص بالمطعوم.

---

(١) ص: ٢٠٦.

(٢) ص: ١٢٨.

فعلى هذه لا يجوز رهن المطعوم قبل قبضه ويجوز رهن ما عداه على غير ثمنه، وفي رهنه على ثمنه الخلاف.

والرابعة: أن المنع يعم كل مبيع.

فعلى هذه لا يجوز رهن كل مبيع قبل قبضه على غير ثمنه وفي رهنه على ثمنه الخلاف.

قال: **(وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه إلا الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع في أحد الوجهين)**.

أما كون رهن ما لا يجوز بيعه -غير الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع- كأم الولد والوقف والعين المرهونة لا يجوز؛ فلأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه وما لا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه.

وأما كون رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع لا يجوز في وجهٍ؛ فلأنه لا يجوز بيعها.

وأما كونه يجوز في وجهٍ وهو الأصح؛ فلأن الرهن لا يصح قياسه على البيع لأن النهي عن البيع إنما كان لعدم الأمن من العاهة وقد تقدم ما يدل عليه وحكمته أن بتقدير وجودها يفوت مال المشتري مجاناً ولهذا قضى النبي ﷺ بوضع الجوائح وهذا مفقود هنا لأن بتقدير وجود العاهة لا يفوت حق المرتهن من الدين لتعلقه بذمة المدين.

ولأن رهن المرتد وما يسرع إليه الفساد يجوز؛ فلأن يجوز هذا بطريق الأولى.

قال: **(ولا يجوز رهن العبد المسلم لكافر إلا عند أبي الخطاب إذا شرطا كونه في يد مسلم)**.

أما كون رهن العبد المسلم لكافر مع عدم شرط كونه في يد مسلم لا يجوز؛ فلأن مقتضى الرهن أن يكون المرهون في يد المرتهن والمرتهن هاهنا ليس أهلاً لذلك.

وأما كون رهنه مع شرط ذلك لا يجوز -قاله القاضي-؛ فلأن القبض واستدامته شرط والكافر لا يكون له يد على مسلم ولذلك أُمِر ببيع عبده إذا أسلم.

وأما كونه يجوز عند أبي الخطاب؛ فلأنه مال فجاز رهنه عند الكافر كسائر الأموال وما ذكر مندفع بالاشتراط المذكور.

قال: **(ولا يلزم الرهن إلا بالقبض واستدامته شرط في اللزوم. فإن أخرجه المرتهن باختياره إلى الراهن زال لزومه. فإن رده إليه عاد اللزوم. ولو رهنه عصيراً فتخمر زال لزومه فإن تخلل عاد لزومه بحكم العقد السابق. وعنه: أن القبض واستدامته في المتعين ليس بشرط، فمتى امتنع الراهن من تقبيضه أُجبر عليه)**.

أما كون رهن غير المتعين لا يلزم بغير القبض؛ فلأن الله قال: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة:٢٨٣]. وصفه بكونه مقبوضاً.

ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول فافتقر إلى القبض كالقرض.

ولأنه رهن لم يقبض فلم يلزم إقباضه[1] كما لو مات الراهن.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله أنه لا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما وصرح به في المغني لعموم ما ذكر. وحكي في المغني أيضاً عن بعض الأصحاب[2] أنه قال: المكيل والموزون لا يلزم فيهما إلا بالقبض وفيما عداهما روايتان كالبيع. وهذا القياس ليس بصحيح لأنه يوهم أن البيع في غير المكيل والموزون لا يلزم في

(١) في هـ: اقتباضه.

(٢) في و: أصحابنا.

روايةٍ ولا خلاف في لزومه لأن أحد المتبايعين لو أراد فسخه لم يملكه بخلاف الرهـن وإنما الخلاف في ضمانـه هـل هـو على البـائع أو على المشـتري فـإذاً حكـم المقيـس والمقيس عليه مختلف لأن الكلام في الرهن في اللزوم وفي البيع في الضمان .

وأما كون رهن المتعين لا يلزم إلا بالقبض على المذهب فكغيره .

وأما كونه يلزم بمجرد العقد على روايةٍ ؛ فلأن تعيينه قائم مقـام قبضـه ولذلـك قام مقام قبضه في البيع في رواية .

وأما كون استدامة القبض شرطاً في اللزوم على المذهب فلمـا تقـدم مـن قولـه تعالى : ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة:٢٨٣].

ولأنها إحدى حالتي الرهن. فكان القبض فيها شرطاً؛ كالابتداء .

ولأن الرهن يراد للوثيقة[1] ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه من ثمنه فإذا لم يكـن في يده لم يتمكن من بيعه و لم يحصل وثيقة .

فعلى هذه الرواية إن أخرجه المرتهن باختياره زال اللزوم ؛ لأن استدامة القبـض شرط في اللزوم وقد زالت. فوجـب أن يـزول الـلزوم لـزوال شـرطه . وقيـد إخـراج المرتهـن الرهـن باختيـاره احـترازاً مـن خروجـه لا باختيـاره؛ كـالغصب والسـرقة ونحوهما؛ لأن ذلك لا يزيل اللزوم؛ لأن يد المرتهن ثابتة عليـه حكماً فكـان حكمـه حكم من لم يزل يده. وإن رده عاد اللزوم بحكم العقد السابق. ولا يحتاج إلى تجديـد عقد؛ لأن العقد قد وجد، و لم يوجد ما يبطل الصحة. أشبه ما لو تراخى القبض عن العقد .

ولو كان الرهن عصـيراً فتخمـر زال لزومـه أيضـاً ؛ لأن تخمـير العصـير بمنزلـة إخراجه من يده في زوال يده؛ لأنه لا يد لمسلم على خمر .

---

(١) في هـ: للتوثيقة.

ولأن صيرورته خمراً يخرجه عن صحة العقد ؛ فلأن يخرجه عن اللزوم بطريق الأولى. وإن تخلل عاد لزومه بحكم العقد السابق؛ لأن صيرورته خمراً شارك إخراج الرهن من يد المرتهن في زوال اللزوم فوجب أن يشارك عوده خلاً عود الرهن إلى يد المرتهن في عود اللزوم . ولقائل أن يفرق بين إعادة الراهن الرهن وبين تخلل الخمر؛ لأن العقد مقتض للصحة واستدامة القبض شرط في اللزوم، فإذا زالت الاستدامة بقيت الصحة، فإذا عادت الاستدامة عاد اللزوم مستنداً إلى العقد المقتضي للصحة بخلاف ما إذا تخلل الخمر فإنه لما صار خمراً خرج عن اللزوم وعن الصحة إذْ لا يصح رهن الخمر فارتفع موجب العقد، فإذا تخلل لم يجد اللزوم ما يستند إليه . وقد صرح المصنف رحمه الله ببطلان الرهن بصيرورته خمراً وبأن اللزوم يعود بتخلله، وأورد ما ذكر من الإشكال. وأجاب عنه: بأن العقد إذا وقع صحيحاً ثم حدث بالمعقود معنى أخرجه من حكم العقد، ثم زال ذلك لا يمتنع[1] عود حكم العقد؛ كزوجة الكافر إذا أسلمت فإنه يحرم وطؤها ويخرج عن حكم العقد فإذا أسلم الزوج في العدة عاد حكم العقد . وفي هذا الجواب نظر فإن الزوج إذا أسلم بعد زوجته يحكم ببقاء النكاح لا بعوده . بناء على أن الفرقة تتوقف على انقضاء العدة على الصحيح من المذهب . وعلى روايةِ وقوع الفرقة باختلاف الدين لا يحكم بعود النكاح؛ لأنه انفسخ فكيف يعود بعد[2] فسخه . ولقائل أن يقول في مسألة التحلل: إن الصحة تبقى مراعاة ؛ كالكافرة إذا أسلمت . إلا أنه يناقض منصوص المصنف في المغني بالبطلان . ويجاب عنه : بأن مقتضى الدليل أن لا يثبت صحة شيء مع ما ينافيها خولف ذلك في إسلام أحد الزوجين؛ لأن جماعة من الصحابة أسلم الأزواج قبل

(١) في هـ: يمنع.
(٢) ساقط من هـ .

النساء وبالعكس فأقرهم النبي ﷺ على ذلك فيجب أن يبقى فيما عداه على مقتضى الدليل.

قال: (**وتصرف الراهن في الرهن لا يصح إلا العتق فإنه ينفذ ويؤخذ منه قيمته رهناً مكانه. وعنه: لا ينفذ عتق المعسر.**

وقال القاضي: له تزويج الأمة ويمنع الزوج وطئها ومهرها رهن معها. والأول أصح).

أما كون تصرف الراهن في الرهن بغير العتق والتزويج كالبيع والهبة والإجارة والوقف والرهن لا يصح؛ فلأنه تصرف يبطل حق الوثيقة، وليس بمبني على السراية والتغليب فلم يصح كما لو فسخ عقد الرهن.

وأما كون تصرف الموسر بالعتق ينفذ؛ فلأنه إعتاق من مالك جائز التصرف تام الملك فنفذ كعتق المستأجر.

ولأن الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق فنفذ فيها عتق المالك كالمبيع في يد البائع.

ولأن العتق مبني على السراية والتغليب وينفذ في ملك الغير؛ فلأن ينفذ في ملكه بطريق الأولى.

فعلى هذا يجب عليه قيمته لأنه أبطل حق المرتهن من الوثيقة فوجبت عليه قيمته كما لو أتلفه ويؤخذ منه فيجعل رهناً لأنها نائبة عن العين أو بدل عنها.

وأما كون تصرف المعسر بالعتق ينفذ على المذهب فلما ذكر في الموسر.

فعلى هذا تبقى القيمة[1] في ذمته كما إذا أتلف شيئاً من مال غيره.

فإن قيل: فأيّ فائدة في بقاء القيمة في ذمته والدين ثابت فيها؟

---

(١) في و: قيمته.

قيل: فائدته أنه إذا أيسر قبل حلول الدين ملك المرتهن مطالبته بالقيمة ليكون رهناً.

وتعتبر القيمة حال الإعتاق لأنها حال الإتلاف.

وأما كونه لا ينفذ عتق المعسر على روايةٍ؛ فلأن نفوذ عتقه يسقط الوثيقةَ وبدلَها فلم ينفذ لما فيه من الإضرار بالمرتهن، وكما لو أعتق شِرْكاً له في عبد وهو معسر. وذكر أبو الخطاب هذه الرواية في الهداية احتمالاً. وذكرها المصنف رحمه الله في المغني عن أبي الخطاب تخريجاً.

وأما تصرفه في التزويج فقال القاضي وجماعة من أصحابنا: إذا زوج الأمة المرهونة صح؛ لأن محل عقد النكاح غير محل عقد الرهن بدليل صحة رهن الأمة المزوجة.

ولأن الرهن لا يزيل الملك فلم يمنع التزويج كالإجارة.

فعلى هذا يكون المهر رهناً معها لأنه من نماء الرهن فكان رهناً لما يأتي إن شاء الله تعالى. ويمنع الزوج وطئها لئلا تحبل فتنقص قيمتها وربما تلفت بسبب الحمل. واختار أبو الخطاب أن التزويج لا يصح لأنه تصرف ينقص قيمتها ويشغل بعض منافعها فلم يملكه الراهن بغير رضى المرتهن كالإجارة. وصحح المصنف اختيار أبي الخطاب لما ذكر.

ولأن التزويج يذهب رغبات المشترين فيها فينقص من أجل ذلك ثمنها وليس للراهن ذلك كما لو فسخ عقد الرهن.

قال: **(وإن وطئ الجارية فأولدها خرجت من الرهن وأُخِذت منه قيمتها فجعلت رهناً)**.

أما كون الجارية المرهونة تخرج من الرهن بالإيلاد؛ فلأنها تصير به أم ولد.

وأما كون قيمتها تؤخذ من الواطئ ؛ فلأنه فوت على المرتهـن الرهـن فوجـب أن يؤخذ منه بدله كما لو أتلفه .

وأما كون القيمة تجعل رهناً ؛ فلأنها بدله والبدل يعطى حكم مبدله .

قال : **(وإن أذن المرتهن له في بيـع الرهـن أو هبتـه ونحـو ذلـك ففعـل صـح وبطل الرهن . إلا أن يأذن له في بيعه بشرط أن يجعل ثمنه رهناً أو يعجل له[1] دينـه من ثمنه)** .

أما كون فعل ما ذكر بإذن المرتهن يصح ؛ فلأن المنع منه كـان لحقـه فـإذا أَذِن زال المنع .

وأما كون الرهن يبطل في غير المستثنى ؛ فلأنه لا يجتمع مع ما ينافيه .

وأما كونه لا يبطل إذا أذن المرتهن في بيعه بشرط أن يجعل ثمنه رهناً أو يعجـل له دينه من ثمنه ؛ فلأنه لو شرط ذلك بعد حلول الحق جاز . فكذلك قبله .

قال : **(ونماء الرهن وكسـبه وأرش الجنايـة عليـه مـن الرهـن ومؤونتـه علـى الراهن وكفنه إن مات وأجرة مخزنه إن كان مخزوناً)** .

أما كون نماء الرهن وكسبه وأرش الجناية عليه من الرهن ؛ فـلأن الرهـن عقـد وارد على العين فيدخل فيه ما ذكر كالبيع والهبة .

ولأن ما ذكر تبع للأصل فكان رهناً كأساسات الحيطان .

وأما كون مؤونته وكفنه وأجرة مخزنـه علـى الراهـن ؛ فـلأن النبـي ﷺ قـال : «الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » وجميع ما ذكر من غرمه .

ولأن الرهن ملك الراهن فكان عليه جميع ما ذكر كغير المرتهن .

---

(١) ساقط من هـ.

قال : **(وهو أمانة في يد المرتهن إن تلف بغير تعد منه فلا شيء عليه ولا يسقط بهلاكه شيء من دينه . وإن تلف بعضه فباقيه رهن بجميع الدين)** .

أما كون الرهن أمانة في يد المرتهن ؛ فلأن النبي ﷺ قال في الرهن : « لصاحبه غنمه وعليه غرمه »[1] .

ولأن الرهن لو ضمن لامتنع الناس من فعله خوفاً من الضمان وذلك وسيلة إلى تعطيل القروض والمداينات غالباً وفي ذلك ضرر عظيم والضرر منفي[2] شرعاً .

ولأن الرهن مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة فكان كله أمانة كالوديعة .

وأما كونه لا شيء على المرتهن إذا تلف بغير تعد منه ؛ فلأنه أمانة في يده فلم يكن في تلفه شيء كالوديعة .

وأما قول المصنف رحمه الله : إذا تلف بغير تعد منه ففيه إشعار بأنه يضمنه مع التعدي؛ لأن الوديعة إذا تعدى فيها ضمن فكذا هاهنا .

وأما كون شيء من الدين لا يسقط بهلاكه ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « لا يَغْلَقُ الرهن لصاحبه غُنمه وعليه غُرمه »[3] رواه الأثرم .

ولأنه مقبوض على وجهِ الأمانة فلم يسقط الحق كالوديعة إذا تلفت في يد من له عند صاحبها دين .

وأما كون باقي الرهن رهناً بجميع الدين ؛ فلأن الدين كله يتعلق بجميع أجزاء الرهن. لما سيأتي إن شاء الله تعالى .

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٢٧) ٣: ٣٢ كتاب البيوع.

(٢) في هـ: منتفي.

(٣) سبق تخريجه ص: ٢٢٦.

قال: **(ولا ينفك شيء من الرهن حتى يقضي جميع الدين. وإن رهنه عند رجلين فوفى أحدهما انفك في نصيبه. وإن رهنه رجلان شيئاً فوفاه أحدهما انفك في نصيبه)**.

أما كون الرهن لا ينفك شيء منه حتى يقضي جميع الدين؛ فلأنه عين تعلق به حق فلا ينفك من الرهن بحساب ما قضى كالمكاتب لا يعتق بعضه إذا أدى بعض المكاتبة.

ولأن الأعيان تزيد قيمتها وتنقص باختلاف الأسعار ورغبة الطلاب فلو خرج من الرهن شيء بقدر ما قضي لم يؤمن أن الباقي لا يفي ببقية الحق لنقصان سعره.

وأما كونه ينفك في نصيب من وفى إذا كان الرهن عند رجلين فوفى أحدهما؛ فلأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين فكأنه رهن كل واحد منهما النصف منفرداً.

وقال أبو الخطاب في الهداية: يكون ذلك رهناً عند الآخر حتى يوفيه نظراً إلى أن العقد واحد.

وقال المصنف في المغني: كلام أحمد وأبي الخطاب -يعني في ذلك- محمول على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه فيه من الضرر لا بمعنى أن العين كلها تكون رهناً إذ لا يجوز أن يقال: رهنه نصف العبد فصار جميعه رهناً.

وأما كون ينفك في نصيب من وفى إذا كان الراهن رجلين فوفى أحدهما؛ فلأن الراهن متعدد فتعلق ما على هذا بنصيبه وما على هذا بنصيبه لأن الرهن لا يتعلق بملك الغير إلا إذا كان مأذوناً في رهنه و لم يوجد ذلك.

قال: **(وإذا حل الدين وامتنع الراهن من وفائه فإن كان الراهن أذن للمرتهن أو للعدل في بيعه باعه ووفى الدين وإلا رفع الأمر إلى الحاكم فيجبره على وفاء الدين أو بيع الرهن فإن لم يفعل باعه الحاكم وقضى دينه)**.

أما كون المرتهن أو العدل يبيع الرهن إذا حل الدين وامتنع الراهن من وفائه وكان الراهن قد أذن في بيعه ؛ فلأنه مأذون له في ذلك .

وأما كونه يوفي الدين ؛ فلأن ذلك هو المقصود من البيع .

وأما كونه يرفع الأمر إلى الحاكم ليجبره على الوفاء أو بيع الرهن إذا لم يكن الراهن أذن في بيعه ؛ فلأن شأن الحاكم ذلك .

وظاهر كلام المصنف أن الحاكم لا يبيع الرهن بنفسه هنا لأنه قال : يجبره على الوفاء أو بيع الرهن .

وقال في المغني : إن رأى حبسه وتعزيره فعل وإن رأى بيعه بنفسه أو بأمينه فعل .

وأما كون الحاكم يبيع ذلك إذا امتنع الراهن من كل واحد من الأمرين ؛ فلأن ذلك تعين طريقاً إلى أداء الحق الواجب أداؤه .

وأما كونه يقضي دينه؛ فلما تقدم .

فصل

قال المصنف رحمه الله: **(وإذا شرط في الرهن جعله على يـد عـدل صـح، وقام قبضه مقام قبض المرتهـن. وإن شـرط جعلـه في يـد اثنين لم يكـن لأحدهمـا الانفراد بحفظه)**.

أما كون شرط جعل الرهن على يد عدل يصح؛ فلأنه قبـض في عقـد فجـاز التوكيل فيه كقبض الموهوب.

وأما كون قبض العدل يقوم مقام قبض المرتهن؛ فلأنه وكيله، وقبض الوكيـل يقوم مقام قبض الموكل.

وأما كون أحد الاثنين لا يكون له الانفراد بحفظ الرهن إذا شرط جعله في يد اثنين؛ فـلأن الراهـن لم يـرض إلا بحفظهمـا فلـم يجـز لأحدهمـا الانفـراد بحفظـه كالوصيين.

قال: **(وليس للراهن ولا المرتهن إذا لم يتفقا ولا للحاكم نقله عن يد العدل إلا أن تتغير حاله وله رده عليهما ولا يملك رده إلى أحدهما فـإن فعـل فعليـه رده إلى يده فإن لم يفعل ضمن حق الآخر)**.

أما كون كل واحد من الراهن والمرتهن ليس له نقل الرهن عـن يـد العـدل إذا لم تتغير حاله؛ فلأنهما رضيا به ابتداء.

وقول المصنف رحمه الله: إذا لم يتفقا مشعر بأنه مع الاتفاق منهما يجوز نقله. وصرح به في المغني؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما.

وأما كون الحاكم ليس له ذلك؛ فلأن الراهن إذا لم يملك ذلك وهو صاحب الحق؛ فلأن لا يملكه الحاكم بطريق الأولى.

وأما كون كل واحد من الراهن والمرتهن له نقل الرهن عن يد العدل إذا تغيرت حاله بفسق أو ضعف عن الحفظ أو عداوة ونحو ذلك؛ فلأن في مقامه في يده ضرراً على الطالب.

فعلى هذا إن اتفقا على شخص يضعانه عنده جاز لأن الحق لهما وإن اختلفا وضعه الحاكم عند عدل لأن الحاكم شأنه قطع التنازع وذلك طريق إليه.

وأما كون العدل له رده على الراهن والمرتهن؛ فلأنه أمين متطوع بالحفظ فكان له رده كسائر الأمانات.

وأما كونه لا يملك رده إلى أحدهما؛ فلأن للآخر حظا في إمساكه في يده. وفي رده إلى أحدهما تضييع له.

وأما كون العدل عليه أن يرده إلى يده؛ فلأن في ذلك عوداً للحق إلى مستحقه.

وأما كونه يضمن حق الآخر إذا لم يفعل الرد؛ فلأنه فوّت عليه ما استحقه بعقد الرهن أشبه ما لو أتلفه.

قال: **(وإن أذنا له في البيع لم يبع إلا بنقد البلد. فإن كان فيه نقود باع بجنس الدين فإن لم يكن فيها جنس الدين باع بما يرى أنه أصلح)**.

أما كون العدل ليس له أن يبيع إلا بنقد البلد إذا أذن له في البيع من غير تعيين؛ فلأن الحظ في ذلك للرواج فيه.

وأما كونه يبيعه بجنس الدين إذا كان في البلد نقود؛ فلأنه أقرب إلى وفاء الحق.

وأما كونه يبيعه بما يرى أنه أصلح إذا لم يكن في النقود جنس الدين؛ فلأن عليه الاحتياط فيما هو متوليه أشبه الحاكم. واعلم أن المصنف قال في المغني: إذا تعددت[1] النقود باع بأغلبها لأنه راجح على غيره. فيجب حمل كلامه هنا على ما إذا كانت النقود متساوية جمعاً بين نقليه[2] في كتابيه.

وقال في المغني أيضاً بدل قوله: باع بما يرى أنه أصلح عين له الحاكم ما يبيعه به. وهو أولى لأنه أعرف بالأحظ وأبعد من التهمة.

قال: **(وإن قبض الثمن فتلف في يده فهو من ضمان الراهن. وإن استحق المبيع رجع المشتري على الراهن. وإن ادعى دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر ولم يكن قضاه ببينة ضمن. وعنه: لا يضمن إلا أن يكون أمر بالإشهاد فلم يفعل. وهكذا الحكم في الوكيل)**.

أما كون الثمن التالف في يد العدل من ضمان الراهن؛ فلأنه وكيله في البيع والثمن ملكه وهو أمين له في قبضه أشبه سائر الأمانات.

وأما كون المشتري يرجع على الراهن إذا استحق المبيع؛ فلأن المبيع له فالرجوع بالعهدة عليه كما لو باع بنفسه. واشترط المصنف رحمه الله في المغني في الرجوع على الراهن دون العدل أن[3] يكون العدل قد أعلم المشتري أنه وكيل؛ لأنه إذا لم يعلم كان هو البائع ظاهراً فإذا ادعى بعد ذلك أنه وكيل لم يقبل لمخالفته الظاهر وللتهمة.

وأما إذا ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر ولا بينة للعدل عليه فعلى ضربين:

---

(١) في هـ: تعدد.
(٢) في و: نقله.
(٣) في هـ: قد.

أحدهما: أن يكون أمره بالإشهاد فيضمن لتفريطه ومخالفة أمر موكله.

وثانيهما: أن يطلق ولم يأمره بإشهاد ولا غيره وفيه روايتان:

إحداهما: يضمن؛ لأنه فرط حيث لم يُشْهِد.

ولأنه إنما أذن له في قضاء مبرئ ولم يحصل.

والثانية: لا يضمن؛ لأنه أمينه.

وقيّد المصنف رحمه الله رواية الضمان بعدم البينة بينهما.

على أن القضاء إذا كان ببينة لا يضمن لعدم التفريط. ولا فرق في عدم الضمان بين أن تكون البينة قائمة أو ميتة أو غائبة لما ذكر. ولا بد أيضاً من قيد ثان وهو: أن لا يكون قضاؤه بحضرة الموكل صرح بذلك جماعة من أصحابنا؛ لأنه لا يعد مفرطاً. واشترط في روايةِ عدم الضمان: أن لا يكون الموكل أمره بالإشهاد. فلم يفعل يضمن قولاً واحداً؛ لما تقدم من أنه يعد مخالفاً مفرطاً.

وأما كون حكم الوكيل حكم العدل فيما ذكر؛ فلأنه في معناه.

قال: (**وإن شرط أن يبيعه المرتهن أو العدل صح. فإن عزلهما صح عزله. وإن شرط أن لا يبيعه عند الحلول أو إن جاءه بحقه وإلا فالرهن له لم يصح الشرط. وفي صحة الرهن روايتان**).

أما كونه إذا شرط أن يبيع المرتهن أو العدل الرهن يصح؛ فلأن كل واحد منهما أهل للوكالة أشبه الأجنبي

ولأن ما صح توكيل غيرهما فيه صح توكيلهما فيه كبيع عين أخرى.

وأما كونه يصح عزلهما؛ فلأن الوكالة عقد جائز فلم يلزم المقام عليها كسائر الوكالات.

وقال المصنف في المغني: قال ابن أبي موسى: يتوجه أن لا يصح؛ لأن الوكالة هنا صارت من حقوق الرهن.

والأول المنصوص؛ لما ذكر. وكونها من حقوق الرهن لا يمنع جوازه كما لو شرطا الرهن في البيع فإنه لا يصير لازماً؛ كما لو مات الراهن بعد الإذن فإنه تنفسخ الوكالة.

وأما كونه إذا شرط أن لا يبيعه عند الحلول لا يصح؛ فلأنه شرط ينافي مقتضى عقد الرهن.

وأما كونه إذا شرط إن جاءه بحقه وإلا فالرهن له لا يصح فلقول النبي ﷺ: «لا يَغْلَقُ الرهن»[1].

قال الأثرم: قلت لأحمد: ما معنى قوله: لا يَغْلَق الرهن؟ قال: لا يدفع رهناً إلى رجل ويقول: إن جئتك بالدراهم إلى كذا وإلا فالرهن لك.

وروي «أن رجلاً رهن داراً بالمدينة إلى شيء مسمى. فمضى الأجل. فقال الذي ارتهن: منزلي فقال النبي ﷺ: لا يَغْلَقُ الرهن» رواه الأثرم.

ولأنه علق البيع على شرط لأنه جعله مبيعاً بشرط أن لا يوفيه الحق في محله والبيع المعلق بشرط لا يصح.

وأما كون الرهن صحيحاً ففيه روايتان مبنيتان على الروايتين في البيع.

وقال المصنف رحمه الله في المغني: قال القاضي: يحتمل فساد الرهن بالشرط الفاسد بكل حال لأن العاقد إنما بذل ملكه بهذا الشرط فإذا لم يسلم له أفضى إلى أخذ ماله بغير رضاه. والقياس يقتضي ذلك في البيع لكن ترك فيه للأثر[2] فيبقى فيما عداه على مقتضى القياس.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢١٤.

(٢) في و: الأثر.

ولأنه شرط فاسد فأفسد عقد الرهن كما لو وقته. ونصر أبو الخطاب في رؤوس المسائل صحته استدلالاً بقوله عليه السلام: «لا يَغْلَقُ الرهن»[1]. وهو مشروط فيه شرط فاسد ولم يحكم بفساده. [وقيل: ما يَنْقص بفساده][2] حق المرتهن[3] يُبْطله وجهاً واحداً، وما لا يَنْقص به فعلى وجهين.

(١) سبق تخريجه ص: ٢١٤.
(٢) ساقط من هـ.
(٣) في هـ: الرهن.

فصل

قال المصنـف رحمـه الله: **(إذا اختلفا في قـدر الدين أو الرهن أو رده، أو قال: أقبضتك عصيراً قال: بل[1] خمراً فالقول قول الراهن)**.

أما كـون القـول قـول الراهـن إذا اختلـف هـو والمرتهـن في قـدر الديـن فقـال المرتهن: لي عليك ألف رهنتني عليها عبدك فلاناً فقال الرهن: بل مائـة، أو في قـدر الرهن فقال المرتهن: رهنتني هذا العبـد وهـذه الجاريـة فقـال الراهـن: بـل أحدهمـا؛ فلأن الراهن منكر والقول قول المنكر.

ولأن القول قوله في أصل العقد. فكذلك في صفته.

وأما كون القول قوله إذا اختلفـا في رد الرهـن فقـال المرتهـن: رددتـه إليـك، وقال الراهن: لم أقبضه فلما ذكر.

ولأن الأصـل معـه والمرتهـن قبـض العـين لمنفعتـه فلـم يقبـل قولـه في الـرد كالمستأجر.

وأما كون القول قوله إذا قال: أقبضتك عصيراً فقال المرتهن: بل خمراً؛ فـلأن المرتهن معترف بعقد وقبض ويدعي فساده. والأصل فيه السلامة.

قال: **(وإن أقر الراهن أنه أعتق العبد قبـل رهنـه عتـق وأخـذت منـه قيمتـه رهناً. وإن أقر أنه كان جنى أو أنه باعه أو غصبه قُبِل على نفسه، ولم يقبـل علـى المرتهن إلا أن يصدقه)**.

---

(١) في هـ: قال لا بل.

أما كون العبد المقر بعتقه يعتق؛ فلأن السيد غير متهم في الإقرار بعتقه لأنه لو أنشأ العتق بعد لزوم الرهن عتق لما تقدم.

وأما كون القيمة تؤخذ من المقر رهناً؛ فلأنه فوت عليه الوثيقة بالعتق فلزمته القيمة تجعل رهناً جبراً لما فاته من الوثيقة.

وأما كونه إذا أقر أنه كان جنى أو أنه باعه أو غصبه يقبل قوله على نفسه؛ فلأنه مقر على نفسه فقبل كما لو أقر له بدين.

وأما كونه لا يقبل قوله على المرتهن مع تكذيبه إياه؛ فلأنه متهم في حقه.

ولأن قول الغير على الغير غير مقبول.

فعلى هذا يلزم المقر أرش الجناية إن كان موسراً؛ لأنه حال بين المجني عليه وبين رقبة الجاني بفعله أشبه ما لو قتله، ويتعلق حق المجني عليه برقبته إذا انفك الرهن إن كان معسراً ويستحق المشتري والمغصوب منه الرهن إذا انفك منه؛ لأن اعترافه مفتض لذلك في الحال وفي المآل. خولف في الحال لأجل حق المرتهن. فمتى زال: عَمِلَ المقتضي عملَه، وإن صدقه المرتهن ثبت ذلك في الحال؛ لأن المقتضي قائم والمانع زائل.

فصل

قال المصنف رحمه الله : (**وإذا كان الرهـن مركوباً أو محلوباً فللمرتهـن أن يركب ويحلب بقدر نفقته متحرياً للعدل في ذلك ، وإن أنفق على الرهن بغير إذن الراهن مع إمكانه فهو متبرع ، وإن عجز عن استئذانه ولم يسـتأذن الحاكم فعلى روايتين**) .

أما كون المرتهن له أن يركب ويحلب فيمـا ذكـر بقـدر نفقتـه فلمـا روى أبـو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « الظهرُ يُرْكَـبُ بنفقتـهِ إذا كـانَ مَرهونـاً ، ولـبنُ الدرِّ يُشرَبُ بِنفقتهِ إذا كانَ مَرهوناً ، وعلى الـذي يَركـبُ ويشـربُ النفقـة »[1] رواه البخاري .

ولأن الحيوان نفقته واجبة وللمرتهـن فيـه حـق وقـد أمكنـه اسـتيفاء حقـه مـن منافعه مع بقاء عينه فجاز كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مـال زوجهـا عنـد عـدم الإنفاق عليها .

فإن قيل : المراد به أن الراهن ينفق وينتفع .

قيل : هذا لا يصح لوجهين :

أحدهما : أنه روي في بعض الألفاظ إذا كـانت الدابـة مرهونـة فعلى المرتهـن علفها .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢١٤.

والثاني : أن قوله : بنفقته فيه إشارة إلى أن الانتفاع عوض النفقة والراهن النفقة عليه لا بطريق المعاوضة وهذا الإنفاق لا فرق فيه بين تعذر النفقة من الراهن بعينه أو امتناع أو مع القدرة على أخذ النفقة منه أو استئذانه لعموم الحديث .

ويجب أن يكون الانتفاع بما ذكر بقدر النفقة لأن فيه معنى المعاوضة .

وعن أحمد لا ينتفع بما ذكر ؛ لأن النبي ﷺ قال : « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » .

ولأنه ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به ولا الإنفاق عليه فلم تكن له ذلك كغير المرتهن .

والأول أصح ؛ لما ذكر من الحديث .

وقوله : « غنمه » نقول به ؛ لأن النماء عندنا للراهن لكن للمرتهن الانتفاع بما ذكر بشرط النفقة لما تقدم .

وفي قول المصنف رحمه الله : وإذا كان الرهن مركوباً أو محلوباً إشعار بأن المرتهن ليس له أن ينتفع بغيرهما . وقد صرح بذلك المصنف رحمه الله في بقية كتبه وغيره من الأصحاب فيما عدا الخدمة وحكوا في الخدمة روايتين، والأصح أنه لا ينتفع من الرهن إلا بالركوب والحلب ؛ لأن القياس يقتضي أن لا ينتفع بشيء من ذلك . ترك ذلك في الركوب والحلب ؛ للأثر . فيبقى فيما عداه على مقتضى القياس .

وأما كون المرتهن متبرعاً إذا أنفق على الرهن بغير إذن الراهن مع إمكانه ؛ فلأنه مفرط حيث لم يستأذن المالك .

ولأن الرجوع فيه معنى المعاوضة فافتقر إلى الإذن والرضى كسائر المعاوضات .

وأما كونه إذا عجز عن استئذانه و لم يستأذن الحاكم يرجع على روايةٍ ؛ فلأنـه فعل ما يجب عليه وهو محتاج إليه لحراسة حقـه أشبه الشـريك إذا أنفـق علـى الدابـة المشتركة مع غيبة شريكه .

وأما كونه لا يرجع على روايةٍ ؛ فلأن النفقة معاوضة فافتقرت إلى رضا المالك وإذنه كسائر المعوضات .

قـال : **(وكذلك الحكـم في الوديعـة وفي نفقـة الجمـال إذا هـرب الجمّـال وتركها في يد المكتري . وإن انهدمت الـدار فعمرهـا المرتهـن بغـير إذن الراهـن لم يرجع به رواية واحدة)** .

أما كون حكم الإنفاق على الوديعة والجمال الـتي هـرب جمّالهـا عنهـا حكـم الإنفاق على الرهـن علـى مـا ذكـر مـن التفصيـل ؛ فلتسـاوي الكـل معنـى الموجـب للتساوي حكماً .

وأما كون المرتهن لا يرجع بما غرمه في الدار المرهونـة بغـير إذن الراهـن روايـة واحدة ؛ فلأن العمارة لا تجب على الراهن بخـلاف نفقـة الحيـوان . وذكـر صـاحب النهاية فيها بعد قوله في هذه المسألة لا يرجع قولاً واحداً أن ابن عقيـل قـال : يحتمـل أن يرجع ؛ لأن غرضه حفظ وثيقته . أشبه الحيوان .

فصل

قال المصنف رحمه الله: **(وإذا جنى الرهن جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته ولسيده فداؤه بالأقل من قيمته أو أرش جنايته أو بيعه في الجناية أو يسلمه إلى ولي الجناية فيملكه. وعنه: إن اختار فداءه لزمه جميع الأرش، فإن فداه فهو رهن بحاله، وإن سلمه بطل الرهن)**.

أما كون أرش الجناية تتعلق برقبة الرهن الجاني؛ فلأن الجناية مقدمة على حق المالك، والملك أقوى من الرهن فأولى أن تقدم على الرهن.

فإن قيل: المرتهن أيضاً مقدم على حق المالك.

قيل: حق المرتهن ثبت من جهة المالك بعقده بخلاف حق الجناية فإنه ثبت بغير اختياره مقدماً على حقه فيقدم على ما ثبت بعقده.

ولأن حق الجناية مختص بالعين بفواتها وحق المرتهن لا يسقط بفوات العين ولا يختص بها فكان تعلقه بها أخف وأدنى.

وأما كون السيد له الخيرة بين فدائه وبين بيعه وبين تسليمه؛ فلأن حق المجني عليه في قيمته لا في عينه.

وأما كونه يفديه بالأقل من قيمته أو أرش جنايته على المذهب؛ فلأنه إن كان الأرش أقل فالمجني عليه لا يستحق أكثر من أرش الجناية عليه، وإن كانت القيمة أقل فلا يلزم السيد أكثر منها؛ لأن ما يدفعه عوض عن العبد فلا يلزمه أكثر من قيمته كما لو أتلفه.

وأما كونه يلزمه جميع الأرش إن اختار فداءه على روايةٍ ؛ فلأنه ربما رغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من قيمته .

وأما كونه إذا فداه رهناً بحاله ؛ فلأن الرهن لم يبطل ، وإنما قدم حق المجني عليه لقوته فإذا زال ظهر حق المرتهن .

وأما كونه إذا سلمه يبطل الرهن ؛ فلأن الجناية تعلقت بالعبد وبالتسليم استقر كونه عوضاً عنها فبطل كونه مَحَلاً للرهن . أشبه ما لو مات أو ظهر مستحقاً لغيره .

قال : **(فإن لم يستغرق الأرش قيمته بيع منه بقدره وباقيه رهن . وقيل : يباع جميعه ، ويكون باقي ثمنه رهناً)** .

أما كون الجاني الذي لا يستغرق أرش جنايته قيمته يباع منه بقدر أرش الجناية فقط على المذهب ؛ فلأن المقصود يحصل بذلك .

وأما كون باقيه رهناً ؛ فلزوال المعارض .

وأما كونه يباع جميعه على قول ؛ فلأن تعلق الجناية كتعلق دين الرهن ، ودين الرهن ينبسط على جميع أجزائه . فكذلك دين الجناية .

فعلى هذا إذا بيع دفع منه أرش الجناية والباقي رهن ؛ لأنه بدل عن الرهن وعوض عنه فتعلق به ما كان متعلقاً بمبدله .

قال : **(وإن اختار المرتهن فداءه ففداه بإذن الراهن رجع به ، وإن فداه بغير إذنه فهل يرجع به؟ على روايتين)** .

أما كون المرتهن يرجع بالفداء إذا فداه بإذن الراهن ؛ فلأنه غرمه بإذن مالكه فوجب أن يستحق الرجوع به عليه كما لو أذن المضمون عنه لضامنه في الوفاء .

وأما كونه إذا فداه بغير إذنه هل يرجع به على روايتين ؛ فلأنه في معنى ما إذا قضى دين الغير بغير إذنه . وسيذكر الخلاف فيه إن شاء الله تعالى .

ويشترط في الخلاف المذكور: أن يكون المرتهن يعتقد الرجوع لأنه إذا فداه وهو لا يعتقد ذلك يكون متبرعاً. ولم يذكر المصنف رحمه الله اعتقاد الرجوع؛ لأنه قد تقرر أن المتبرع ليس له أن يرجع. واعتمد هنا على لحظ ذلك.

فإن قيل: فلو بذل المرتهن الفداء لتكون العين رهناً عليه وعلى الدين الأول هل كان له ذلك؟

قيل: نعم؛ لأنه في مقابلة جناية ملك الراهن وذلك لازم له، ولهذا تعلق برقبة ملكه. ذكره ابن عقيل.

وقال صاحب النهاية فيها بعد ذكر قول ابن عقيل: يحتمل أن لا يصير رهناً بالفداء بل يكون ديناً بغير رهن؛ لأن الزيادة في دين الرهن لا يجوز.

قال: **(وإن جنى عليه جناية موجبة للقصاص فلسيده القصاص، فإن اقتص فعليه قيمة أقلهما قيمة تجعل مكانه، وكذلك إن جنى على سيده فاقتص منه هو أو ورثته)**[1].

أما كون السيد له القصاص؛ فلأن حاجته داعية إلى ذلك صيانة لماله وزجراً لتعدي الغير عليه.

وقال أبو الخطاب في الهداية: ليس له القصاص بغير رضا المرتهن لما فيه من إسقاط حقه من الوثيقة ويندفع ذلك بإيجاب القيمة تجعل رهناً؛ لأن فيه تعويضاً عن العين فلم يسقط حقه.

وأما كون القيمة عليه إذا اقتص؛ فلأنه أتلف مالاً استحق بسبب إتلاف الرهن. فغرم قيمته؛ كما لو كانت الجناية موجبة للمال.

---

(١) في هـ: هو وورثته.

وأما كون القيمة أقل القيمتين ومعناه أن الرهن لو كان يساوي عشرة والجاني خمسة أو بالعكس لم يكن عليه إلا الخمسة ؛ فلأن في الأولى لم يفـوت على المرتهـن إلا ذلك القدر ، وفي الثانية لم يكن حق المرتهن متعلقاً إلا بذلك القدر .

وقال المصنف في المغني : إن اقتص أخـذت منـه قيمتـه فجعلـت مكانـه رهنـاً . وظاهره أنه يجب على الراهن جميع قيمة الجاني وهـو متجـه ؛ لأنـه بـدل عـن الرهـن فكان كله رهناً .

وأما كون القيمة تجعل مكانه ؛ فلأن ذلك بدل الرهن وعوض عنه .

وأما كون الحكم إذا جنى على سيده فـاقتص منـه هـو أو ورثتـه كـالحكم إذا جنى عليه أجنبي فـاقتص الراهـن منـه ؛ فلأنهمـا مسـتويان معنـى فوجـب أن يسـتويا حكماً .

قال : (**فإن عفى السيد على مال أو كانت الجناية موجبة للمـال فمـا قبـض منه جعل مكانه فإن عفى السيد عن المال صح في حقه ولم يصح في حق المرتهـن ، فإذا انفك الرهن رد إلى الجاني .**

وقال أبو الخطاب : يصح وعليه قيمته) .

أما كون ما قبض من الفداء إذا عفى السيد على مال أو كانت الجناية موجبـة له يجعل مكانه ؛ فلأن ذلك بدل عنه فوجب أن يعطى حكمه .

وأما كون السيد إذا عفى عن المال يصـح في حقـه دون المرتهـن علـى الأول ؛ فلأن عفوه صادف حقاً له وحقاً لغيره فصح في حقه ؛ لأنه لا مانع منه و لم يصح في حق الغير لما فيه من إبطال حقه .

فعلى هذا إذا انفك الرهن رد إلى الجاني ؛ لزوال المانع .

وأما كونه يصح مطلقاً على قول أبي الخطاب ؛ فلأنه إبراء صدر من مالك فوجب أن يصح كما لو لم يكن بدلاً عن رهن وحق المرتهن مجبور بإيجاب القيمة على الراهن.

فعلى هذا عليه قيمته ليحصل الجبر.

وقال بعض أصحابنا : لا يصح مطلقاً ؛ لأن حق المرتهن متعلق به. أشبه ما لو وهبه أو ما لو عصبه فأبرأ الغاصب منه.

قال : **(وإن وطئ المرتهن الجارية من غير شبهة فعليه الحد والمهر، وولده رقيق. وإن وطئها بإذن الراهن، وادعى الجهالة، وكان مثله يجهل ذلك فلا حد عليه ولا مهر وولده حر لا تلزمه قيمته)**.

أما كون المرتهن عليه الحد والمهر إذا وطئ الجارية المرهونة بغير شبهة ؛ فلأنه وطء حرام لا شبهة فيه فأوجب ذلك كما لو لم يكن رهناً.

وأما كون ولده رقيقاً ؛ فلأن الجارية ملك لغير الواطئ.

وأما كونه لا حد عليه إذا وطئ بإذن الراهن وادعى الجهالة ومثله يجهل ذلك ؛ فلأن ذلك شبهة والحد يدرأ بالشبه.

وأما كونه لا مهر عليه ؛ فلأن المهر يجب للسيد بسبب الوطء وقد أذن فيه. أشبه قيمة الجارية إذا أذن في قتلها.

وأما كون ولده حراً ؛ فلأنه اعتقد حل الوطء وأن ولده حر وكان حراً كولد المغرور.

وأما كونه لا تلزمه قيمته بخلاف المغرور ؛ فلأن ذلك حدث عن وطء ما دون فيه. فلم تلزمه قيمة الولد؛ كالمهر.

وقال صاحب النهاية فيها : قال ابن عقيل : لا تسقط قيمة الولد؛ لأنه أحال بين الولد وبين مالكه باعتقاده فلزمه قيمته كالمغرور.

وفرّق بين المهر والولد من حيث: إن الإذن صريح في الـوطء الموجـب للمهـر فأسقطه بخلاف الولد فإن الإذن في الوطء ليس بصريح في الإحبال فلم يسقطه . ثـم قال صاحب النهايـة : والأول أصـح ؛ لأن الإذن في الـوطء إذن فيمـا يـترتب عليـه ، والإحبال والولد مما يترتب عليه فكان إذناً فيه . فلم تلزمه قيمة الولد ؛ كالمهر .

كتاب الضمان

[1] الضمان جائز بالكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف:٧٢].

قال ابن عباس : الزعيم الكفيل .

وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « الزعيمُ غَارِمٌ »[٢] رواه أبو داود والترمذي . وقال : حديث حسن .

وعن سلمة بن الأكوع « أن النبي ﷺ أُتي برجل ليصليَ عليه . فقال : هل عليهِ دَين ؟ فقالوا : نعم . ديناران . فقال : هل تركَ لهما وفاء؟ قالوا : لا . فتأخرَ . فقيل : لم لا تصلي عليه ؟ فقال : ما تنفعهُ صلاتي وذمتهُ مرهونة ؟ ألا قام أحدكم فضمنه ! فقام أبو قتادة فقال : هما[٣] عليّ يا رسول ا لله! فصلى عليه النبي ﷺ »[٤] .

وأما الإجماع فأجمع المسلمون في الجملة على صحة الضمان .

قال المصنف رحمه ا لله : **(وهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة والموت ، فإن برئت**

---

(١) ورد العنوان في هـ: باب الضمان.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٦٥) ٣: ٢٩٦ كتاب البيوع، باب في تضمين العارية.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٦٥) ٣: ٥٦٥ كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٠٥) ٢: ٨٠٤ كتاب الصدقات، باب الكفالة.

(٣) في هـ: لهما.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٧٣) ٢: ٨٠٣ كتاب الكفالة، باب من يكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع.

ذمة المضمون عنه برئ الضامن، وإن برئ الضامن أو أقر ببراءته لم يبرأ المضمون عنه).

أما معنى الضمان فقيل هو كما ذكره المصنف رحمه الله، واشتقاقه من الضم.

وقال القاضي: هو مشتق من التضمن لأن ذمة الضامن تتضمن الحق.

وقال صاحب المستوعب فيه: قال ابن عقيل: هو مأخوذ من الضمن ثم قال: فتصير ذمة الضامن في ضمن ذمة المضمون عنه.

وأما كون صاحب الحق له مطالبة من شاء من المضمون عنه والضامن في الحياة والموت؛ فلأن الحق ثابت في الذمتين فكان له مطالبة من شاء منهما كالضامنين.

وأما كون الضامن يبرأ ببراءة ذمة المضمون عنه؛ فلأنه تبع له.

ولأن الضمان وثيقة فإذا برئ الأصل زالت الوثيقة كالرهن.

وأما كون المضمون عنه لا يبرأ ببراءة ذمة الضامن مما ذكر؛ فلأنه أصل فلا يبرأ ببراءة التبع.

ولأن ذلك وثيقة انحلت بغير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الأصل كالرهن إذا انفسخ من غير استيفاء.

قال: **(ولو ضمن ذمي لذمي عن ذمي خمراً فأسلم المضمون له أو المضمون عنه برئ هو والضامن معاً).**

أما كون المضمون عنه يبرأ بإسلام المضمون له؛ فلأن مالية الخمر بطلت في حقه فلم يملك مطالبة المكفول عنه.

وأما كون الضامن يبرأ بذلك؛ فلأنه تبع للأصل فإذا برئ أصله برئ هو.

وأما كونهما يبرآن بإسلام المضمون عنه ؛ فلأنه صار مسلماً ولا يجوز وجوب خمر على مسلم، وإذا برئ المضمون عنه كذلك برئ الضامن لأنه تبعه . وذكر أبو الخطاب في الهداية في هذه الصورة وجهاً آخر أنهما لا يبرآن لأن المضمون له يملك الخمر فلا يسقط كما لو أعاره عبداً فرهنه على خمر ثم أسلم المستعير فإنه يلزمه فك الرهن .

قال : **(ولا يصح إلا من جائز التصرف ، ولا يصح من مجنون ولا صبي ولا سفيه ولا من عبد بغير إذن سيده . ويحتمل أن يصح ويُتْبَع به بعد العتق . فإن ضمن بإذن سيده صح ، وهل يتعلق برقبته أو ذمة سيده؟ على روايتين)** .

أما كون الضمان لا يصح من غير جائز التصرف ؛ فلأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح من غير جائز التصرف كالبيع .

وأما كونه يصح من جائز التصرف ؛ فلأن جائز التصرف يصح بيعه وإقراره وسائر أحكامه . فكذلك ضمانه .

وأما كونه لا يصح من مجنون ولا صبي ولا سفيه ؛ فلأنهم غير جائزي التصرف .

وأما كونه لا يصح من عبد بغير إذن سيده ؛ فلأنه عقد يقتضي إيجاب مال بغير إذن سيده كالنكاح .

وأما كونه يحتمل أن يصح ويُتْبَع به بعد العتق ؛ فلأنه لا ضرر على السيد فيه فصح منه ولزمه بعد العتق كالإقرار بالإتلاف .

وأما كونه إذا ضمن بإذن سيده يصح ؛ فلأن السيد لو أذن له في التصرف صح فكذا هاهنا .

وأما كونه يتعلق بما ذكر ففيه روايتان منشأهما أن ديون المأذون له في التجارة هل تتعلق برقبته أو ذمة سيده. وسيذكر دليل ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى .

قال: **(ولا يصح إلا برضى الضامن ولا يعتبر رضى المضمون له ولا المضمون عنه ولا معرفة الضامن لهما ولا كون الحق معلوماً ولا واجباً إذا كان مآله إلى الوجوب، فلو قال: ضمنت لك ما على فلان أو ما تداينه به صح)**.

أما كون الضمان لا يصح إلا برضى الضامن؛ فلأنه التزام حق فلم يصح إلا برضى الضامن كسائر العقود التي يلزم العاقد فيها حق.

وأما كونه لا يعتبر رضى المضمون له؛ فلأن أبا قتادة ضمن من غير رضى المضمون له فأجازه النبي ﷺ[1] وروي نحوه عن علي[2].

ولأن الضمان وثيقة لا يعتبر فيها قبض. أشبهت الشهادة.

ولأنه ضمان دين. أشبه ضمان بعض الورثة دين الميت.

وأما كونه لا يعتبر رضى المضمون عنه؛ فلأنه لو قضى عنه الدين بغير إذنه ورضاه صح. فكذلك إذا ضمن عنه.

وأما كونه لا يعتبر معرفة الضامن للمضمون له ولا للمضمون عنه؛ فلأنه لا يعتبر رضاهما. فكذلك معرفتهما.

وقال المصنف في المغني: قال القاضي: يعتبر معرفتهما: أما المضمون له فلما يأتي، وأما المضمون عنه فليعلم هل هو أهل لاصطناع المعروف إليه أم لا.

ولأنه تبرع فلا بد من معرفة من يتبرع عنه.

وفيه وجه ثالث أنه يعتبر معرفة المضمون له ليؤدى إليه ولا يعتبر معرفة المضمون عنه؛ لأنه لا معاملة بينه وبينه.

والأول أولى لحديث أبي قتادة[3] فإنه ضمن لمن لم يعرفه وعمن لم يعرفه.

---

(١) سبق ذكره قريباً.

(٢) سيأتي ذكره ص: ٢٥٢.

(٣) سبق ذكره ص: ٢٤٧.

وأما كونه لا يعتبر كون الحق معلوماً ؛ فلأن الله تعالى قال : ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف:٧٢] ضمن القائل حمل بعير وهو غير معلوم لأنه يختلف .

ولعموم قوله عليه السلام : « الزعيم غارم »[1] .

ولأنه التزام حق في الذمة من غير معارضة فصح في المجهول كالإقرار .

ولأنه يصح تعليقه بغرر وخطر وهو ضمان العهدة ، وإذا قال : ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه فصح في المجهول كالعتاق والطلاق .

وأما كونه لا يعتبر كونه واجباً ؛ فلأن الآية دلت على ضمان حمل بعير مع أنه لم يكن وجب .

فإن قيل : الضمان ضم ذمة إلى ذمة فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم ولا يكون ثَم ضمان .

قيل : قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في كونه يلزمه ما يلزمه وما يحدث في ذمة مضمونه يحدث في ذمته مثله وهذا كاف .

واشترط المصنف رحمه الله في عدم اعتبار كونه واجباً كون مآله إلى الوجوب لأن ما ليس بواجب ولا مآله إلى الوجوب لا يوجد فيه ضم ذمة إلى ذمة لا حالاً ولا مآلاً . ثم مثل غير المعلوم وغير الواجب ولكن مآله إلى الوجوب بقوله : ضمنت لك ما على فلان أو ما تداينه به .

قال : **(ويصح ضمان دين الضامن ودين الميت المفلس وغيره ، ولا تبرأ ذمته قبل القضاء في أصح الروايتين)** .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٤٧.

أما كون ضمان دين الضامن يصح ؛ فلأنه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون .

وأما كون ضمان دين الميت يصح ؛ فلأن أبا قتادة ضمن دين الميت[1] . وصرح المصنف رحمه الله بالميت المفلس إشارة إلى قول من منع صحة ضمان الميت الذي لم يخلف وفاء . وقد دل حديث أبي قتادة على صحة ذلك فإنه ضمن ميتاً لا وفاء له وحثهم النبي ﷺ على ضمانه فقال : « ألا قام أحدكم فضمنه »[2] .

ولأنه دين ثابت فصح ضمانه كما لو خلف وفاء .

وأما كون ذمة المضمون عنه الميت لا تبرأ قبل القضاء في روايةٍ فكالمضمون عنه الحيّ .

وأما كونه يبرأ بنفس الضمان في روايةٍ فلما روى أبو سعيد الخدري قال : « كنا معَ النبي ﷺ في جنازةٍ فلما وُضعت قال : هل على صاحبكم من دَين؟ قالوا : نعم . درهمان . فقال : صَلّوا على صَاحِبكم . فقال عليٌّ : هما عليّ يا رسولَ الله! وأنا لهما ضَامن . فقام رسول الله ﷺ فصلى عليه . ثم أقبل عليّ فقال : جزاكَ الله عن الإسلامِ خيراً وفكَّ الله رهانكَ كما فَكَكْتَ رهانَ أخيك »[3] رواه الدارقطني .

وفيه : « فقيل : يا رسول الله هذا لعلي خاصة أم للناس عامة قال : للناس عامة »[4] .

---

(١) سبق ذكره ص: ٢٤٧.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٤٧.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٩٢) ٣: ٧٨-٧٩ كتاب البيوع .
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٧٣ كتاب الضمان، باب وجوب الحق بالضمان.

(٤) تكملة للحديث السابق.

والأولى أصح؛ لقول النبي ﷺ: « نفسُ المؤمنِ مُعلقةٌ بِدَينِهِ حتى يُقضَى عنه »[1].

وفي بعض أخبار أبي قتادة أنه لما ذكر أنه قضى عنه قال: « الآن بردت جلدته »[2].

وقوله: « فككت رهان أخيك »[3] أراد أنه كان امتنع من الصلاة عليه فلما ضمن عنه فكه من ذلك.

قال: **(ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع، ولا يصح ضمان دين الكتابة في أصح الروايتين)**.

أما كون ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري. وهو: أن يضمن شخص عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بعيب، وضمان العهدة عن المشتري للبائع. وهو: أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه أو إن ظهر فيه عيب أو استحق رجع بذلك على الضامن يصح؛ فلأن الحاجة تدعو إليه لأنه لو لم يصح ذلك لامتنعت المعاملات مع من لم يعرف وفي ذلك ضرر بين دافع لأصل الحكمة التي شرع البيع من أجلها ومثل ذلك لا يرد به الشرع.

وأما كون ضمان دين الكتابة لا يصح في روايةٍ؛ فلأنه ليس بلازم ولا يفضي إلى اللزوم لأن للمكاتب أن يُعَجِّزَ نفسه ويمتنع من الأداء فإذا لم يكن لازماً للأصل فالفرع أولى.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٠٧٨) ٣: ٣٨٩ كتاب الجنائز، باب ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه ».
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤١٣) ٢: ٨٠٦ كتاب الصدقات، باب التشديد في الدين.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (١٤٥٧٦) ٣: ٣٣٠.

(٣) سبق تخريجه قريباً.

وأما كونه يصح في روايةٍ ؛ فلأنه يصح أن يضمن عنه ديناً آخر فيصح أن يضمن عنه دين الكتابة .

والأولى أصح لما تقدم . والفرق بين مال الكتابة وبين غيره من الديون من حيث إن ذلك الغير إما لازم أو مآله إلى اللزوم بخلاف دين الكتابة فإنه ليس فيه واحد منهما لما تقدم .

قال : **(ولا يصح ضمان الأمانات كالوديعة ونحوها إلا أن يضمن التعدي فيها ، وأما الأعيان المضمونة كالغصوب والعواري والمقبوض على وجهِ السوم فيصح ضمانها)** .

أما كون ضمان الأمانات كالوديعة والشركة والمضاربة والمدفوع إلى الخياط والقصار لا يصح ؛ فلأنها غير مضمونة على المضمون عنه . فكذلك على الضامن .

وأما كون ضمان التعدي فيها يصح ؛ فلأنها مضمونة على من هي في يده في ذلك أشبهت المغصوب .

وأما كون ضمان الأعيان المضمونة المتقدم ذكرها يصح ؛ فلأنها مضمونة على من هي في يده فهي كالحقوق الثابتة في الذمة .

قال : **(وإن قضى الضامن الدين متبرعاً لم يرجع بشيء ، وإن نوى الرجوع وكان الضمان والقضاء بغير إذن المضمون عنه فهل يرجع؟ على روايتين . وإن أذن في أحدهما فله الرجوع بأقل الأمرين مما قضى او قدر الدين)** .

أما كون الضامن لا يرجع بشيء إذا قضى الدين متبرعاً ؛ فلأنه تبرع به أشبه ما لو وهبه إياه ثم قضاه عنه .

وأما إذا قضى ناوياً للرجوع فله أربعة أحوال :

أحدها : أن يضمن ويقضي بغير إذن المضمون عنه وفيها روايتان :

أحدهما : أنه يرجع لأنه قضاء مبرء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه .

والثانية : لا يرجع لأن الضامن بغير إذن لو استحق الرجوع لاستحق أبو قتادة الرجوع على الميت ولو استحق ذلك لصار ديناً له عليه ولو صار ديناً له عليه لامتنعت الصلاة .

ولأنه فعل غير مأذون فيه فلم يستحق الرجوع فيه كما لو علف داوبه وأطعم عبيده بغير إذنه .

وأجاب المصنف رحمه الله في المغني عن عدم استحقاق أبي قتادة بأنه قضى متبرعاً بدليل أنه علم أنه لا وفاء له فلا يحتج به على من قضى معتقداً للرجوع لما بينهما من الفرق .

والحال الثانية : أن يأذن في الضمان دون القضاء[1] فله الرجوع لأنه أذن له في الضمان وهو ملزم للقضاء[2] فاستحق الرجوع كما لو صرح بالقضاء .

والحال الثالثة : أن يأذن له في القضاء دون الضمان[3] فله الرجوع أيضاً لأنه أدى عنه فرجع به كما لو ضمن بإذنه ، أو كما لو لم يكن ضامناً .

الحال الرابعة : أن يضمن بإذنه ويقضي بإذنه فله الرجوع لأنه إذا رجع فيما إذا ضمن بإذنه أو قضى بإذنه ؛ فلأن يرجع فيما إذا وقع الضمان والقضاء بإذنه بطريق الأولى .

---

(١) في هـ: والحال الثانية أن يضمن بإذن ويقضي بغير إذن.

(٢) في و: ملتزم القضاء.

(٣) في هـ: الحال الثالثة أن يضمن بغير إذن ويقضي بإذنه.

وأما كون الضامن إذا استحق الرجوع يرجع بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين؛ فلأنه إذا كان الأقل ما قضاه[1] فإنه يرجع بما غرم. ولهذا لو أبرأه الغريم لم يرجع بشيء وإن كان الأقل الدين قد أدى ما لا يجب على المضمون عنه أداؤه فيكون متبرعاً.

فإن قيل: لو دفع عن الدين عرضاً بم يرجع؟

قيل: يرجع بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين لما ذكر.

قال: **(وإن أنكر المضمون له القضاء وحلف لم يرجع الضامن على المضمون عنه سواء صدقه أو كذبه. وإن اعترف بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يسمع إنكاره)**.

أما كون الضامن لا يرجع على المضمون عنه إذا أنكر المضمون له القضاء وحلف؛ فلأن المضمون عنه ما أذن للضامن إلا في قضاء مبرو لم يوجد.

وأما كون الحكم كذلك سواء صدقه المضمون عنه أو الضامن أو كذبه؛ فلأن المانع من الرجوع تفريط الضامن من حيث: إنه قضى بغير بينة وذلك مشترك بين التصديق والتكذيب.

فإن قيل: لو كان القضاء ببينة؟

قيل: إن كانت بينته حاضرة عادلة فلا إشكال وإن كانت ميتة أو غائبة لم يرجع الضامن على المضمون عنه لإنكاره الوفاء الموجب للرجوع. ورجع عليه إن صدقه؛ لأنه معترف أنه ما قصر ولا فرط. وإن كانت البينة مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع عليه الضامن أيضاً صدقه أو كذبه للتفريط؛ لأن وجود هذه البينة كعدمها. وإن ردت بأمر خفي كالفسق الباطن أو لكون الشهادة

(١) في و: قضى.

مختلفاً فيها كشهادة العبيد ونحوها احتمل أن يرجع؛ لأنه قضاه ببينة شرعية والجرح والتعديل ليس إليه واحتمل أن لا يرجع؛ لأنه قضاء بمن لا يثبت الحق بشهادته.

وأما كون إنكار المضمون عنه إذا اعترف المضمون له بالقضاء لا يسمع؛ فلأن ما في ذمته حق للمضمون له فإذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق صار للضامن فيجب أن يقبل إقراره؛ لكونه إقرار في حق نفسه.

قال: **(وإن قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع حتى يحل. وإن مات المضمون عنه أو الضامن فهل يحل الدين عليه؟ على روايتين. وأيهما حل عليه لم يحل على الآخر)**.

أما كون الضامن لا يرجع بما قضاه قبل أجله؛ فلأنه متبرع بالتعجيل. فلم يرجع قبل الأجل؛ كما لو قضاه أكثر من الدين.

وأما كون الدين المؤجل يحل بموت المضمون عنه أو الضامن على روايةٍ؛ فلأن ذمة الميت تخرب بالموت. فلو لم يحل؛ لأدى إلى ضياع حقه مما له على الميت.

وأما كونه لا يحل على روايةٍ؛ فلأن التأجيل حق من حقوق الميت. فلم يبطل بموته؛ كسائر حقوقه.

ولأن موته لا يوجب حلول ماله فلا يجب حلول ما عليه.

وأما قول المصنف رحمه الله: وأيهما حل عليه لم يحل على الآخر فمعناه: أن المضمون عنه إذا مات وقلنا يحل عليه بالموت لم يحل على الضامن؛ لأن الإنسان لا يحل عليه دين بموت غيره بل يبقى الدين حالاً بالنسبة إلى المضمون عنه مؤجلاً بالنسبة إلى الضامن، وذلك جائز؛ لما يذكر بعد إن شاء الله تعالى.

وكذا لو مات الضامن وقلنا: يحل بموته لا يحل على المضمون عنه؛ لما ذكر.

قال: **(ويصح ضمان الحالّ مؤجلاً. وإن ضمن المؤجل حالاً لم يلزمه قبل أجله في أصح الوجهين)**.

أما كون ضمان الحال مؤجلاً يصح؛ فلما روى ابن عباس «أن رجلاً لزمَ غَريماً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ. فقال: ما عندي شيء أعطيكه. فقال: والله لا فارقتك حتى تَقضيَني أو تَأتيَني بحَميل. فجرّه إلى النبي ﷺ. فقال له[1] النبي ﷺ: كَم تَستنظِرُه؟ قال: شهراً. قال رسول الله ﷺ: فأنا أحملُ. فجاءهُ في الوقتِ الذي قال النبي[2] ﷺ. فقال له النبي ﷺ: من أين أصبتَ هذا؟ قال: من مَعدن. قال: لا خيرَ فيها. وقضاها عنه»[3].

ولأنه ضمن مالاً بعقد مؤجل. فكان مؤجلاً؛ كالبيع.

فإن قيل: الدين الحالّ لا يتأجل فكيف يتأجل على الضامن؟ أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوجه الذي يثبت في ذمة المضمون عنه؟

قيل: الحق[4] يتأجل في ابتداء ثبوته إذا كان ثبوته بعقد، وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فإنه لم يكن ثابتاً عليه حالاً. ويجوز أن يخالف ما في ذمة المضمون عنه بدليل: ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل.

وأما كونه إذا ضمن المؤجل حالاً لا يلزمه قبل أجله في وجهٍ؛ فلأن الضامن فرع المضمون عنه، فلا يستحق مطالبته دون أصله.

ولأن المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل ذلك لم يلزمه فلأن لا يلزم الضامن أولى.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: للنبي.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٢٨) ٣: ٢٤٣ كتاب البيوع، باب في استعراج الديون.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٠٦) ٢: ٨٠٤ كتاب الصدقات، باب الكفالة.

(٤) ساقط من هـ.

ولأن الضمان التزام دين ثابت في الذمة، فلا يجوز أن يلزمه ما ليس بلازم للمضمون عنه.

وأما كونه يلزمه قبل أجله في وجهٍ؛ فلأن مقتضى صحة الضمان ذلك.

فصل في الكفالة

الكفالة بالبدن صحيحة بالكتاب والمعنى : أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقاً من الله لتأتنني به إلا أن يحاط بكم﴾ [يوسف:٦٦].

وأما المعنى ؛ فلأن الحاجة داعية إلى الاستيثاق بضمان المال أو بالبدن وضمان المال يمتنع منه كثير من الناس فلو لم تجز الكفالة بالبدن لأدى إلى الحرج وعدم المعاملات المحتاج إليها .

قال المصنف رحمه الله : **(وهي التزام إحضار المكفول به . وتصح ببدن من عليه دين وبالأعيان المضمونة)** .

أما قول المصنف رحمه الله : وهي التزام إحضار المكفول به ؛ فبيان لمعنى الكفالة .

وأما كون الكفالة التزام إحضار المكفول به ؛ فلأن الواقع عليه العقد هو الملتزم إحضاره والعقد في الكفالة واقع على بدن المكفول به فكان إحضاره هو الملتزم به كالضمان فإن العقد لما كان واقعاً على المال كان ذلك المال هو الملتزم به . فكذلك هاهنا .

وأما كون الكفالة ببدن من عليه دين تصح ؛ فلأن الدين حق مال . فصحت الكفالة به ؛ كالضمان .

وأما كونها بالأعيان المضمونة كالغصوب والعواري يصح ؛ فلأن ضمانها صحيح . فكذلك الكفالة بها .

ولأن الكفالة بالأعيان أولى من الكفالة بالبدن ؛ لأن الكفالة بالبدن ذريعة إلى حصول المقصود ، والكفالة بالأعيان متعلقة بالمقصود ، فإذا صحت فيما هو ذريعة إلى المقصود فلأن تصح بما هو المقصود بطريق الأولى .

قال : **(ولا تصح ببدن من عليه حد أو قصاص ، ولا بغير معين كأحد هذين)** .

أما كون الكفالة ببدن من عليه حد لا تصح فلما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال : « لا كفالة في حد »[1] .

ولأن الكفالة استيثاق يلزم الكفيل ما على المكفول عند تعذر إحضاره والحدود مبناها على الإسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولا يمكن استيفاؤها من غير الجاني .

وأما كونها ببدن من عليه قصاص لا تصح ؛ فلأنه بمنزلة من عليه حد معنى فليكن بمنزلته حكماً .

وأما كونها بغير معين كأحد هذين لا يصح ؛ فلأن المكفول به مجهول لا يعلم في الحال ولا في المآل بخلاف ضمان المجهول فإنه إن لم يمكن معرفته في الحال يمكن معرفته في المآل .

قال : **(وإن كفل بجزء شائع من إنسان أو عضو ، أو كفل بإنسان على أنه إن جاء به وإلا فهو كفيل بآخر أو ضامن ما عليه صح في أحد الوجهين)** .

أما كون الكفالة بجزء شائع من إنسان كثلثه أو ربعه يصح ؛ فلأنه لا يمكنه إحضار ذلك إلا بإحضار الكل .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٧٧ كتاب الضمان، باب ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق.

وأما كونها بعضو كيده أو رجله أو ما أشبههما يصح؛ فلأنه لا يمكنه إحضاره على صفته إلا بإحضار الكل.

وأما كونها إذا كفل بإنسان على أنه إن جاء به وإلا فهو كفيل بآخر أو ضامن ما عليه يصح؛ فلأن ذلك كفالة أو ضمان فصح تعليقه على شرط كضمان العهدة.

وأما قول المصنف رحمه الله: في أحد الوجهين فإشارة إلى الخلاف والخلاف في الصور الثلاث: أما الصحة فقد تقدم دليلها، وأما عدم الصحة: أما في الجزء الشائع والعضو؛ فلأن تسليم ذلك وحده متعذر والسراية ممتنعة، وأما في الصور الثلاثة؛ فلأنه تعليق عقد على آخر. فلم يصح؛ كالبيع المعلق على آخر.

وقال المصنف رحمه الله في المغني: قال القاضي: ولا تصح الكفالة ببعض البدن بحال؛ لأن ما لا يسري لا يصح إذا خص به عضو كالبيع والإجارة.

وظاهر قول القاضي: أنه لا تصح الكفالة بالجزء الشائع ولا بالعضو؛ لأنه قال: لا تصح ببعض البدن، وما ذكره من التعليل لا يدل على عدم الصحة في الجزء الشائع؛ لأن بيع ذلك وإجارته جائزة. ولم يفرّق المصنف رحمه الله في العضو بين كونه مما لا يبقى البدن بدونه؛ كالرأس والكبد، ولا بين كونه يبقى؛ كاليد والرجل.

وذكر في الكافي: إذا تكفل بوجهه صح، ولم يحك فيه خلافاً. وهو الظاهر الذي ينبغي حمل كلامه هاهنا عليه؛ لأن الوجه يكنى به عن الكل فصح كما لو تكفل ببدنه.

وحكى في الكافي أيضاً وجهاً ثالثاً في الفرق بين ما لا يبقى البدن بدونه؛ كالرأس، وبين ما يبقى؛ كاليد وشبهها.

قال: **(ولا تصح إلا برضا الكفيل. وفي رضا المكفول به وجهان)**.

أما كون الكفالة لا تصح إلا برضا الكفيل؛ فلأنه لا يلزمه الحق ابتداء إلا برضاه.

وأما كونها لا تصح إلا برضا المكفول به في وجهٍ؛ فلأن مقصودها إحضاره فإذا تكفل بغير إذنه لم يلزمه الحضور معه.

وأما كونها تصح بدونه في وجهٍ؛ فبالقياس على الضمان.

والأولى أولى؛ لما ذكر. وبه يظهر الفرق بين الكفالة وبين الضمان؛ لأن مقتضى الكفالة إحضار المكفول به فإذا كان بغير إذنه لم يلزمه الحضور فلا يحصل مقصود الكفالة. والضمان تمكين الضامن أن يقضي الدين ولا يحتاج إلى المضمون عنه.

قال: **(ومتى أحضر المكفول به وسلمه برئ إلا أن يحضره قبل الأجل وفي قبضه ضرر)**.

أما كون الكفيل إذا أحضر المكفول به وسلمه إلى المكفول له عند الأجل أو بعده يبرأ؛ فلأن المسلَم فيه لو أحضره المسلَم إليه عند الأجل أو بعده لزم قبوله فكذا هاهنا؛ لأنه في معناه.

وأما كونه إذا أحضره قبل الأجل وفي قبضه ضرر لا يبرأ؛ فلأن المسلَم فيه لو أحضره المسلَم إليه قبل وقته وفي قبضه ضرر لم يلزمه قبلوه فكذا هاهنا؛ لأنه في معناه أيضاً.

قال: **(وإن مات المكفول به، أو تلفت العين بفعل الله تعالى، أو سلّم نفسه برئ الكفيل)**.

أما كون الكفيل يبرأ بموت المكفول به؛ فلأن الحضور سقط عن المكفول به. فبرئ كفيله؛ كما لو برئ من الدين.

ولأن[1] ما التزمه من أجله سقط عن الأصل فبرئ الفرع كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين.

وأما كونه يبرأ بتلف العين بفعل الله تعالى؛ فلأن تلف العين بمنزلة موت المكفول به.

وقيد المصنف رحمه الله التلف بكونه بفعل الله تعالى؛ لأنه لو كان بفعل آدمي وجب على المتلف بدلها.

قال: **(وإن تعذر إحضاره مع بقائه لزم الكفيل الدين أو عوض العين. وإن غاب أمهل الكفيل بقدر ما يمضي فيحضره، فإن تعذر إحضاره ضمن ما عليه)**.

أما كون الكفيل يلزمه الدين أو عوض العين إذا تعذر إحضار المكفول به مع بقائه؛ فلعموم قوله عليه السلام: «الزعيم غارم»[2].

ولأن الكفالة بالبدن أحد نوعي الكفالة. فوجب الغرم بها؛ كالضمان.

وأما كونه يمهل بقدر ما يمضي فيحضر المكفول به إذا غاب؛ فلأنه لا يمكن إحضاره إلا بذلك.

وأما كونه يضمن ما عليه إذا تعذر إحضاره؛ فلما تقدم.

قال: **(وإذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور معه لزمه ذلك إن كانت الكفالة بإذنه، أو طالبه صاحب الحق بإحضاره، وإلا فلا)**.

أما كون المكفول به يلزمه الحضور مع الكفيل إذا طالبه بذلك وكان قد كفله بإذنه؛ فلأنه شغل ذمته من أجله بإذنه. فكان عليه تخليصها؛ كما لو استعار عبده فرهنه بإذنه كان للسيد مطالبته بتخليصه.

---

(١) في هـ: فلأن.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٤٧.

وأما كونه يلزمه ذلك إذا طالبه صاحب الحق بإحضاره ؛ فلأن طلبه منه توكيل له في إحضاره . فلزمه الحضور معه ؛ كما لو صرح له بالوكالة .

وأما كونه لا يلزمه ذلك إذا كان قد كفله بغير إذنه و لم يطلبه منه صاحب الحق ؛ فلأن المكفول لم يشغل ذمته . وإنما شغلها الكفيل باختياره مع أنه ليس بوكيل .

قال : **(وإذا كفل اثنان برجل فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر . وإن كفل واحد لاثنين فأبرأه أحدهما لم يبرأ من الآخر)** .

أما كون أحد الكفيلين لا يبرأ بتسليم صاحبه المكفول به ؛ فلأن إحدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء . فلم تنحل الأخرى ؛ كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهنين من غير قضاء الحق . وفارق هذا ما إذا سلم المكفول به نفسه من حيث إنه أصل لهما فإذا برئ الأصل برئ فرعاه ، وكل واحدٍ من الكفيلين ليس فرعاً للآخر فلم يبرأ ببراءته . وكذلك لو أبرأ المكفول به برئ كفيلاه ، ولو أبرأ أحد الكفيلين برئ وحده دون صاحبه .

وأما كون الكفيل الواحد لاثنين لا يبرأ إذا أبرأه أحد المكفول لهما ؛ فلأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين فإذاً يكون قد التزم إحضاره عند كل واحدٍ منهما ، فإذا أبرأه أحدهما برئ منه وبقي حق الآخر كما لو كان في عقدين ، وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفى أحدهما حقه .

باب الحوالة

الحوالة: ثابتة بالسنة والإجماع: أما السنة؛ فما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «مَطْلُ الغنيِ ظُلم، فإذا أُتبعَ أحدُكمْ على مَلِيءٍ فليتبَع»[1] متفق عليه.

وفي لفظ: «من أحيلَ بحقهِ على مَليءٍ فليحتَل»[2].

وأما الإجماع؛ فأجمع المسلمون في الجملة على جواز الحوالة.

واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة. وقيل: هي بيع جاز تأخير القبض فيه رخصة.

قال المصنف رحمه الله في المغني: الصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره. بدليل: أنها لو كانت بيعاً لكانت بيع دين بدين وهو غير جائز، ولَمَا جاز التفرق قبل القبض؛ لأنه بيع ما فيه الربا بجنسه، ولجازت بلفظ البيع، ولجازت بين جنسين كالبيع.

فعلى هذا لا يدخلها خيار. وهو أشبه بكلام الإمام أحمد وأصوله.

ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه.

قال المصنف رحمه الله: **(والحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فلا يملك المحتال الرجوع عليه بحال)**.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٦٦) ٢: ٧٩٩ كتاب الحوالات، باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٦٤) ٣: ١١٩٧ كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة...

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٩٩٧٤) ٢: ٤٦٣.

أما كون الحوالة تنقل الحق؛ فلما تقدم من أنها مشتقة من التحويل.

وأما كون المحتال لا يملك الرجوع على المحيل؛ فلأن الحق انتقل فلا يعود بعد انتقاله.

قال: **(ولا تصح إلا بشروط ثلاثة:**

أحدها: أن يحيل على دين مستقر، فإن أحال على مال الكتابة، أو السلم، أو الصداق قبل الدخول لم يصح، وإن أحال المكاتب سيده، أو الزوج امرأته صح).

أما كون الحوالة لا تصح إلا بشروط ثلاثة؛ فلما يذكر في مواضعها.

وأما كون أحدها: أن يحيل على دين مستقر؛ فلأن ما ليس بمستقر بعرضية السقوط، والحوالة إلزام المحال عليه الدين مطلقاً فلا يصح فيما هو بعرضية السقوط.

وفي ذكر المصنف رحمه الله استقرار الدين المحال عليه دون استقرار المحال به دليلٌ على أنه لا يشترط استقراره. وصرح به في الكافي وغيره. وعلله بأنه يجوز أداء غير المستقر.

وقال أبو الخطاب في الهداية: يشترط استقراره أيضاً قياساً على المحال عليه.

وأما كون من أحال على مال الكتابة لا يصح؛ فلأنه غير مستقر بدليل: أن له أن يمتنع من أدائه.

وأما كون من أحال على السلم لا يصح؛ فلأنه أيضاً غير مستقر؛ لأنه بعرضية الفسخ بالانقطاع، وقد قال عليه السلام: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»[1].

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٨٨.

ولأن الحوالة لا تصح إلا فيما لا يجوز أخذ العوض عنه، والسلم ليس كذلك.

وأما كون من أحال على الصداق قبل الدخول لا يصح؛ فلأنه غير مستقر بدليل سقوطه بالردة، وسقوط نصفه بالطلاق.

وأما كون المكاتب إذا أحال سيده أو الزوج امرأته يصح؛ فلأن أقصى ما في ذلك أنه دين غير مستقر. وقد تقدم أنه لا يشترط استقرار المحال به على ظاهر قول المصنف رحمه الله. ويجيء على قول أبي الخطاب أنه لا تصح الحوالة به؛ لأن مال الكتابة والصداق غير مستقر واستقرار المحال به شرط عنده.

قال: **(والثاني: اتفاق الدَّيْنين في الجنس والصفة والحلول والتأجيل)**.

أما كون الثاني من الشروط المتقدم ذكرها الاتفاق فيما ذكر؛ فلأن الحوالة تحويل الحق ونقله فيجب أن يكون مثل المحال عليه فيما ذكر.

وأما معنى الاتفاق في الجنس فأن يكونا ذهباً أو فضة أو ما أشبههما فلو أحال من عليه ذهب بفضة أو بالعكس لم يصح.

وأما معنى الاتفاق في الصفة فأن يكونا مصريين أو أميريين أو ما أشبههما. فلو أحال من عليه مصرية بأميرية أو بالعكس لم يصح.

وأما معنى الاتفاق في الحلول أو التأجيل فأن يكونا حالّين أو مؤجلين فلو أحال من عليه حالّ بمؤجل أو بالعكس لم يصح.

ويشترط في المؤجل اتفاق الأجل فلو كان أحدهما يحل بعد شهر والآخر بعد شهرين لم يصح؛ لما ذكر.

قال: **(والثالث: أن يحيل برضاه، ولا يعتبر رضى المحال عليه ولا رضى المحتال إن كان المحال عليه مليئاً. وإن ظنه مليئاً فبان مفلساً ولم يكن رضي بالحوالة رجع عليه، وإلا فلا. ويحتمل أن يرجع)**.

أما كون الثالث من الشروط المتقدم ذكرها: أن يحيل المحيل برضاه؛ فلأن الحق عليه فلا يلزمه أداؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه.

وأما كون رضى المحال عليه لا يعتبر؛ فلأن للمحيل أن يستوفي الحق الذي على المحال عليه بنفسه وبوكيله، وقد أقام المحال مقام نفسه في التقبيض. فلم يعتبر رضى المحال عليه؛ كالتوكيل.

وأما كون رضى المحتال لا يعتبر إذا كان المحال عليه مليئاً؛ فلقول النبي ﷺ: «إذا أُتْبِعَ أحدكمْ على مَلِيءٍ فليتبَع»[1].

والمراد بالمليء: القادر على الوفاء؛ لأنه جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله تعالى يقول: مَنْ يُقْرِض المليء غير المعدم».

وقال الشاعر:

تُطيلين ليّابي وأنت مليئة وأحسنُ يا ذاتَ الوشاحِ التقاضيا

يعني بالمليئة القادرة على الوفاء.

وأما كون المحتال يرجع على المحيل إذا ظن ملاءة المحال عليه فظهر مفلساً ولم يكن رضي بالحوالة؛ فلأن الفلس عيب ولم يرض به فاستحق الرجوع كما لو اشترى سلعة فظهرت معيبة ولم يرض بالعيب.

وأما كونه إذا رضي بالحوالة لا يرجع على المذهب؛ فلأنه إذا رضي بذلك زال شغل الذمة فلا يعود بعد زواله.

وأما كونه يحتمل أن يرجع؛ فلأنه لم يرض. أشبه ما تقدم.

وذكر المصنف رحمه الله في المغني ما تقدم احتمالين، وذكر في الكافي هذين الاحتمالين روايتين.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٦٦.

وفي قول المصنف رحمه الله: وإن ظنه مليئاً إشعار بأن المحتال إذا رضي بالحوالة مع علمه بفلس المحال عليه لا يرجع قولاً واحداً وهو صحيح؛ لأنه لو رضي بعيب المبيع لم يرجع قولاً واحداً فكذا هاهنا.

قال: **(وإذا أحال المشترى البائع بالثمن، أو أحال البائع عليه به فبان البيع باطلاً[1] فالحوالة باطلة. وإن فسخ البيع بعيبٍ أو إقالةٍ لم تبطل الحوالة. وللبائع أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه في الصورة الأولى. وللمشتري أن يحيل المحتال عليه على البائع في الثانية، ويحتمل أن يبطل إن لم يكن قبضها)**.

أما كون الحوالة باطلة إذا بان البيع مثل أن يكون المبيع عبداً فيظهر حراً أو مستحقاً؛ فلأنه تبين ببطلان البيع أن لا ثمن، والحوالة فرع على الثمن، فإذا بطل الأصل بطل الفرع.

فعلى هذا يرجع المشتري على من كان له عليه الدين في مسألة حوالته، وعلى المحال عليه في مسألة الحوالة عليه لا على البائع؛ لأن الحوالة لما بطلت وجب بقاء حقه على ما كان، ووجب له الرجوع على المحال عليه ضرورة كونه قَبَضَه بعد تبين بطلانه.

وأما إذا فسخ البيع بعيبٍ أو إقالةٍ فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون المحتال قد قبض مال الحوالة، فلا تبطل الحوالة وجهاً واحداً؛ لأن عقد البيع لم يرتفع هنا فالثمن لم يسقط فلم تبطل الحوالة؛ لانتفاء المبطل.

ولأن المشتري دفع إلى البائع بدل ماله في ذمته وعارضه عنه بما في ذمة المحال عليه.

---

(١) في هـ: باطل.

فعلى هذا للمشتري الرجوع على البائع في مسألتي حوالته والحوالة عليه لا على من كان له عليه الدين في المسألة الأولى ولا على من أحيل عليه في الثانية.

وللبائع أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه في الصورة الأولى، وللمشتري أن يحيل المحتال عليه على البائع في الثانية.

أما كون المشتري له الرجوع على البائع فيهما؛ فلأنه لما رد العوض استحق الرجوع بالعوض لكن الرجوع في عينه متعذر لزوم الحوالة فوجب الرجوع في بدله، وإذا لزم البدل وجب على البائع؛ لأنه هو الذي انتفع بمبدله.

وأما كونه ليس له الرجوع على من كان عليه الدين؛ فلأن ما كان عليه قد انتقل إلى غيره بعقدٍ باقي الصحة.

وأما كونه ليس له الرجوع على من أحيل عليه؛ فلأنه أخذ حقه بعقد صحيح لازم.

وأما كون البائع له أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه وكون المشتري له أن يحيل المحتال عليه على البائع؛ فلأن دين البائع ثابت على من أحاله المشتري عليه، ودين المشتري ثابت على البائع[1] ثبوتاً مستقراً فصحت الحوالة عليه كسائر الحقوق المستقرة[2].

وثانيهما: أن يكون المحتال لم يقبض مال الحوالة. وفي ذلك وجهان:

أحدهما: لا تبطل؛ لما تقدم قبل.

فعلى هذا الحكم كما تقدم.

والثاني: تبطل؛ لأن الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ فوجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به.

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: المستقر.

فعلى هذا الحكم هنا كما لو ظهر المبيع مستحقاً.

قال: **(وإذا قال: أحلتك قال: بل وكلتني، أو قال: وكلتك قال: بل أحلتني فالقول قول مدعي الوكالة. وإن اتفقا على أنه قال: أحلتك وادعى أحدهما أنه أريد بها الوكالة وأنكر الآخر ففي أيهما يقبل قوله؟ وجهان. وإن قال: أحلتك بدينك فالقول قول مدعي الحوالة وجهاً واحداً)**.

أما كون القول قول مدعي الوكالة إذا اختلفا في المقول من لفظي الوكالة والحوالة؛ فلأنه مدع بقاء الحق على ما كان عليه ومنكر انتقاله، والقول قول المنكر.

وأما كون القول قول مدعي الحوالة إذا اتفقا على لفظ الحوالة واختلفا في الإرادة في وجهٍ؛ فلأن الظاهر معه لموافقة دعواه الحقيقة ودعوى خصمه المجاز.

وأما كون القول قول مدعي الوكالة في وجهٍ؛ فلما ذكر في المسألة قبل.

وأما كون القول قول مدعي الحوالة وجهاً واحداً إذا قال: أحلتك بدينك؛ فلأن ذلك لا يحتمل الوكالة لا بلفظه ولا بمعناه بخلاف ما تقدم.

باب الصلح

الصلح : معاقدة يتوصل بها الى الإصلاح بين المختلفين . وتتنوع أنواعاً المقصود منها هنا الصلح بين المتخاصمين في الأموال .

والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿والصلح خير﴾ [النساء:١٢٨] ، وقوله تعالى : ﴿فأصلحوا بين أخَوَيْكم﴾ [الحجرات: ١٠].

وأما السنة فما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « الصلحُ بينَ المسلمينَ جائزٌ إلا صُلحاً حرمَّ حلالاً أو أحلَّ حراماً »[1] أخرجه الترمذي . وقال : حديث حسن صحيح .

وأما الإجماع فأجمعت الأمة على جواز الصلح في الجملة .

قال المصنف رحمه الله : (**الصلح في الأموال قسمان :**

أحدهما : صلح على الإقرار . وهو نوعان :

أحدهما : الصلح[2] على جنس الحق ؛ مثل : أن يقر له بدين فيضع عنه بعضه ، أو بعين[3] فيهب له بعضها ويأخذ الباقي فيصح إن لم يكن بشرط ؛ مثل أن يقول : على أن تعطيني الباقي ، أو يمنعه حقه بدونه) .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤) ٣: ٣٠٤ كتاب الأقضية، باب في الصلح.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٢) ٣: ٦٣٤ كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٥٣) ٢: ٧٨٨ كتاب الأحكام، باب الصلح.

(٢) في هـ: صلح.

(٣) في هـ: عين.

أما كون الصلح في الأموال قسمين؛ فلأنه تارة يكون على الإقرار، وتارة يكون على الإنكار.

وأما كون الصلح على الإقرار نوعين؛ فلأنه تارة يكون على جنس الحق كما مثّل المصنف رحمه الله، وتارة يكون بغير جنس الحق كما سيأتي بعد إن شاء الله تعالى.

وأما كون أحدهما الصلح على جنس الحق؛ فظاهر.

وأما كونه يصح إن لم يكن بشرط إعطاء الباقي أو المنع من إعطاء الحق بدون الصلح؛ فلأن الإنسان لا يُمنع من إسقاط بعض حقه كما لا يُمنع من استيفائه.

وأما كونه لا يصح بشرط إعطاء الباقي أو المنع من إعطاء الحق بدونه؛ فلأنه أكل لمال الغير بالباطل وهو هضم لحقه.

قال: **(ولا يصح ممن لا يملك التبرع كالمكاتب والمأذون له وولي اليتيم إلا في حال الإنكار وعدم البينة)**.

أما كون صلح من لا يملك التبرع في غير حال الإنكار وعدم البينة لا يصح؛ فلأن ذلك تبرع ومن ذكر لا يملك التبرع.

وأما قول المصنف رحمه الله: كالمكاتب والمأذون له وولي اليتيم فتمثيل لمن لا يملك التبرع.

وأما كونه في حال الإنكار وعدم البينة يصح؛ فلأن استيفاء البعض عند العجز عن استيفاء الكل أولى من تركه. وتقييد المصنف رحمه الله الإنكار بعدم البينة إشعار بأن الصلح في حال الإنكار مع البينة لا يصح وهو صحيح لأنه يمكنه استيفاء الكل فالصلح والحالة هذه تبرع ومن[1] ذكر لا يملك التبرع.

---

(١) في هـ: من.

قال: **(ولو صالح عن المؤجل ببعضه حالاً لم يصح، وإن وضع بعض الحالّ وأجّل باقيه صح الإسقاط دون التأجيل)**.

أما كون الصلح عن المؤجل ببعضه حالاً لا يصح؛ فلأن الذي يسقط يقع عوضاً عن التأجيل وذلك لا يجوز كما لا يجوز أن يعطيه عشرة دراهم حالّة بعشرين مؤجلة.

وأما كون الإسقاط إذا وضع بعض الحالّ وأجل باقيه يصح؛ فلأنه أسقطه عن طيب نفسه ولا مانع من صحته؛ لأنه ليس في مقابلة تأجيل فوجب أن يصح كما لو أسقطه.

وأما كون التأجيل لا يصح؛ فلأن الحالّ لا يتأجل.

قال: **(وإن صالح عن الحق بأكثر منه من جنسه؛ مثل: أن يصالح عن دية الخطأ أو عن قيمة مُتْلَف بأكثر منها من جنسها لم يصح. وإن صالحه بعرض قيمته أكثر منها صح فيهما، وإن صالحه عن بيت على أن[1] يسكنه سنة أو يبني له فوقه غرفة لم يصح)**.

أما كون الصلح عن الحق بأكثر منه من جنسه كما مثّل المصنف رحمه الله لا يصح؛ فلأن الزائد لا مقابل له فيكون ربا وذلك حرام والصلح لا يُحل الحرام؛ لقوله عليه السلام: «إلا صلحاً أحل حراماً»[2].

وأما كونه يصح في كل واحد منهما بعرض قيمته أكثر منها؛ فلأنه معاوضة لا ربا بين العوض والمعوض فصح كما لو باعه ما يساوي عشرة بدرهم والضمير في قوله: فيهما عائد إلى دية الخطأ وقيمة المتلَف.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٧٣.

وأما كون الصلح عن البيت على أن يسكنه سنة أو يبني له فوقه غرفة لا يصح ؛ فلأنه صالحه عن ملكه بملكه .

قال : **(وإن قال : أقر لي بديني وأعطيك منه مائة ففعل صح الإقرار ، ولم يصح الصلح)** .

أما كون الإقرار فيما ذكر يصح ؛ فلأنه إقرار بحق يحرم عليه إنكاره .

وأما كون الصلح لا يصح ؛ فلأنه يجب عليه الإقرار بالحق فلم يحل له أخذ العوض عما يجب عليه .

قال : **(وإن صالح إنساناً ليقر له بالعبودية أو امرأة لتقر له بالزوجية[1] لم يصح . وإن دفع المدعى عليه العبودية إلى المدعي مالاً صلحاً عن دعواه صح)** .

أما كون من صالح إنساناً ليقر له بالعبودية أو امرأة لتقر له بالزوجية لا يصح ؛ فلأن ذلك صلح يحل حراماً ؛ لأن إرقاق الحر وبذل المرأة نفسها بعوض لا يجوز .

وأما كون المدعى عليه العبودية إذا دفع إلى المدعي مالاً صلحاً عن دعواه يصح : أما في حق الآخذ ؛ فلأنه يجوز أن يعتق عبده بعوض . وأما في حق الدافع ؛ فلأنه يقطع الخصومة المتوجهة عليه .

وزاد المصنف رحمه الله في المغني على ذلك بأن قال : ويدفع اليمين الواجبة عليه . وفي تخصيص المصنف رحمه الله جواز الدفع في العبودية دليل على أن المرأة المدعى عليها الزوجية لا يجوز أن تدفع شيئاً إلى المدعي على وجهِ الصلح . وقد صرح به في المغني وعلله بأن الدفع في الإنكار لا يفيد اليمين وقطع الخصومة ، ولا يمين عليها .

---

(١) في هـ: الزوجية.

ولأن خروج البعض من ملك الزوج لا قيمة له وإنما أجيز الخلع لأجل الحاجة إلى افتداء نفسها.

ثم قال: وخرّج ابن عقيل جوازه بناء على مشروعية اليمين في حقها على روايةٍ، وعلى أن العوض يصح أخذه عن البضع في جانب الزوج خلعاً وفي جانب المرأة نكاحاً. وصرح في الكافي بجواز ذلك وقدمه على المنع وعلله بأنها تدفع شره عن نفسها. وهذا ظاهر كلام أبي الخطاب في الهداية؛ لأنه ذكر المسألتين ثم قال: فإن دفع إليه المدعى عليه مائة صلحاً عن دعواه صح الصلح. وما ذكره المصنف رحمه الله في المغني مانعاً من الصحة في الزوجية موجود بعينه في العبودية؛ لأن المدعى عليه العبودية لا يستحلف كما لا يستحلف المدعى عليها الزوجية. وتحرير الصحة في الموضعين مع أنه لا يستحلف فيهما على الصحيح أن في[1] الصلح قطعاً للخصومة والمقاولة ودفعاً للشر وذلك مطلوب والصلح طريق إليه. فجاز تحصيلاً لما هو مطلوب.

قال: (**النوع الثاني: أن يصالح عن الحق بغير جنسه فهو معاوضة، فإن كان بأثمان عن أثمان فهو صرف، وإن كان بغير الأثمان فهو بيع، وإن كان بمنفعة كسكنى دار فهو إجارة تبطل بتلف الدار كسائر الإجارات**).

أما كون النوع الثاني: أن يصالح عن الحق بغير جنسه؛ فلأنه يلي الأول.

وأما كونه معاوضة؛ فلأنه بدل مال في مقابلة مال وذلك شأن المعاوضة.

وأما كونه صرفاً إذا كان بأثمان[2] عن أثمان؛ فلأن الصرف بيع أحد الثمنين بالآخر، وهو موجود هنا.

فعلى هذا يشترط له ما يشترط في الصرف من القبض في المجلس ونحوه.

---

(١) في هـ: في أن.

(٢) في هـ: أثمان.

وأما كونه بيعاً إذا كان بغير الأثمان ؛ فلأن البيع مبادلة المال بالمال وأنه موجود هنا .

فعلى هذا يشترط فيه ما يشترط في البيع من العلم به ونحوه .

وأما كونه إجارة إذا كان بمنفعة كسكنى دار ؛ فلأن الإجارة بيع المنفعة وهو موجود هنا .

فعلى هذا يثبت فيها أحكام الإجارة من البطلان بتلف الدار ونحوه .

قال : **(وإن صالحت المرأة بتزويج نفسها صح ، فإن كان الصلح عن عيب في مبيعها فزال رجعت بأرشه لا بمهرها)** .

أما كون المرأة إذا صالحت عن الحق الذي عليها بتزويج نفسها يصح ؛ فلأن عقد التزويج يقتضي عوضاً فإذا جعلت ذلك عوضاً عن الحق الذي عليها صح كغيره .

وأما كونها ترجع بأرش العيب لا بمهرها إذا كان الصلح عن عيب في مبيعها فزال ؛ فلأنها جعلت صداقها أرش العيب فإذا زال العيب وجب الرجوع بما كان صداقاً .

وقول المصنف رحمه الله : زال العيب معناه : تبين أنه ليس بعيب ، ولذلك أصلح بعض من أذن له المصنف رحمه الله زال بتبين .

فإن قيل : ما مثال ذلك ؟

قيل : مثل إن كانت أمة ظنها حاملاً لانتفاخ جوفها فتفشى ونحوه صرح به أبو الخطاب في الهداية .

فعلى هذا إن كان موجوداً عند العقد ثم زال كمبيع ظهر مريضاً فتعافى لا شيء لها ؛ لأن زوال العيب بعد ثبوته حال العقد لا يوجب بطلان الأرش .

فإن قيل: قد تقدم أن بهيمة الأنعام إذا ظهرت مصراة يملك المشتري الرد وكذا إذا اشترى أمة فظهرت مزوجة فإذا صار لبن المصراة عادة وطلقت المزوجة[1] امتنع الرد. فعلى هذا إذا ظهر المبيع معيباً ثم زال العيب يجب أن يتبين أن لا أرش.

قيل: الرد فسخ للملك بسبب العيب فلم يكن بد من وجوده حين الرد؛ لأنه زمن الفسخ. بخلاف أرش العيب فإنه عوض عما فات من العيب وقت العقد فلم يسقط[2] بزواله بعده.

قال: **(وإن صالح عما في الذمة بشيء في الذمة لم يجز التفرق قبل القبض؛ لأنه بيع دين بدين. ويصح الصلح عن المجهول بمعلوم إذا كان مما لا يمكن معرفته للحاجة)**.

أما كون من صالح عما في الذمة بشيء في الذمة لا يجوز التفرق قبل القبض؛ فلما علل المصنف رحمه الله من أنه بيع دين بدين؛ وذلك أنه متى حصل التفرق قبل القبض يكون كل واحد من العوضين ديناً؛ لأن محله الذمة وذلك شأن الدين، وإذا كان التفرق قبل القبض مفضياً إلى ذلك لم يجز؛ لأن بيع الدين بالدين غير جائز «لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ»[3] رواه الدارقطني.

تفسيره: بيع الدين بالدين قاله أبو عبيد.

وأما كون الصلح عن المجهول بمعلوم يصح في الجملة؛ فلما روي عن النبي ﷺ: «أنه قال في رجلين اختصما في مواريث درست بينهما: استهما وتوخيا الحق، وليحلل أحدكما صاحبه»[4]. رواه الإمام أحمد وأبو داود.

---

(١) في و: الزوجة.

(٢) في و: فلم يسقط وقت العقد.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٥٦.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٨٥) ٣: ٣٠٢ كتاب الأقضية، باب في قضاء القاضي إذا أخطأ. وأخرجه أحمد في مسنده (٢٦٧٦٠) ٦: ٣٢٠.

ولأنه إسقاط حق فصح في المجهول كالعتاق والطلاق.

وأما ما يشترط في صحة الصلح المذكور فأمران:

أحدهما: أن يكون المصالح به معلوماً لأنه يفتقر إلى تسليم وذلك لا يمكن في غير معلوم.

وثانيهما: أن يكون مما لا يمكن معرفته كمواريث دارسة وحقوق سالفة؛ لأن المصحح للصلح المذكور الحديث المذكور والأمر فيه كذلك.

ولأن المبيح للصلح المذكور الحاجة وما يمكن معرفته لا حاجة إلى الصلح عليه.

فصل [الصلح على إنكار]

قال المصنف رحمه الله: **(القسم الثاني: أن يدعي عليه عيناً أو ديناً فينكره ثم يصالحه على مال فيصح ويكون بيعاً في حق المدعي حتى إن وجد فيما أخذه عيباً فله رده وفسخ الصلح. وإن كان شقصاً مشفوعاً ثبتت فيه الشفعة ويكون إبراء في حق الآخر فلا يرد ما صالح عنه[1] بعيب ولا يؤخذ بشفعة. ومتى كان أحدهما عالماً بكذب نفسه فالصلح باطل في حقه وما أخذه حرام عليه)**.

أما كون القسم الثاني ما ذكر ويسمى الصلح على الإنكار؛ فلأنه يلي الأول.

وأما كونه يصح؛ فلعموم قوله عليه السلام: «الصلح بين المسلمين جائز»[2].

ولأنه صلح يصح مع الأجنبي فصح مع الخصم كالصلح على الإقرار. وتحقيقه: أنه إذا صح مع الأجنبي مع عدم حاجته إليه، فلأن يصح مع الخصم مع حاجته إليه بطريق الأولى.

ويشترط لصحة الصلح المذكور: أن يكون المدعي معتقداً أن ما ادعاه حق والمدعى عليه معتقداً أن لا حق عليه؛ لأن الصلح حينئذٍ يكون لافتداء اليمين وقطع

(١) في هـ: عن.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٧٣.

الخصومة وذلك مطلوب؛ لما فيه من صيانة النفوس الشريفة، وذوي المروءات العزيزة عن التبذل، وحضور مجالس الحكام. بخلاف غيرهم.

فإن قيل: ذلك مجوز للمدعى عليه فما شأن المدعي؟

قيل: المدعي يأخذ ذلك عوضاً عن الحق الذي يعتقده.

وأما كونه بيعاً في حق المدعي؛ فلأنه يعتقده عوضاً عن حقه فيلزمه حكم اعتقاده.

فعلى هذا له رده إن وجد معيباً وإن كان شقصاً مشفوعاً ثبتت فيه الشفعة لأنه بيع.

وأما كونه إبراء في حق الآخر؛ فلأنه دفع المال لافتداء يمينه ودفع الضرر عن نفسه لا عوضاً عن حق يعتقده.

فعلى هذا لا يرد ما صالح عنه بعيب ولا يؤخذ بشفعة لاعتقاده أنه ليس بعوض.

وأما كون الصلح باطلاً في حق العالم بكذب نفسه؛ فلأنه عالم بالحق قادر على إيصاله إلى مستحقه غير معتقد أنه محق واعتقاد ذلك شرط لما تقدم.

وأما كون ما يأخذه حراماً؛ فلأنه آكل لمال الغير بالباطل.

قال: **(وإن صالح عن المنكر أجنبي بغير إذنه صح ولم يرجع عليه في أصح الوجهين)**.

أما كون صلح الأجنبي عن المنكر يصح؛ فلأنه قصد براءة ذمته فصح كما لو قضى دينه.

وأما كونه لا يرجع عليه في وجهٍ؛ فلأن الدين لم يثبت عليه.

وأما كونه يرجع عليه في وجهٍ؛ فبالقياس على الضمان.

والأول أصح؛ لما تقدم.

والفرق بينه وبين الضمان: أنه هاهنا أدى ما لا يلزمه أداؤه. بخلاف الضمان فإنه قضى ما يلزمه قضاؤه.

قال: **(وإن صالح الأجنبي لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى أو معترفاً بها عالماً بعجزه عن استنقاذه لم يصح. وإن ظن القدرة عليه صح ثم إن عجز عن ذلك فهو مخير بين فسخ الصلح وإمضائه)**.

أما كون صلح الأجنبي لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى لا يصح؛ فلأنه [اشترى منه ما لم يثبت له ولم تتوجه إليه خصومة فيفتدي نفسه منها. أشبه ما لو][1] اشترى منه ملك غيره.

وأما كون صلحه إذا اعترف له بذلك عالماً بعجزه عن استنقاذه لا يصح؛ فلأنه اشترى ما لا يقدر على تسليمه.

وأما كونه يصح إذا اعترف له بصحة دعواه وظن القدرة على الاستنقاذ؛ فلأنه اشترى منه ملكه الذي يقدر على تسليمه. ولم يفرق بين المصنف رحمه الله بين أن يكون المصالح عنه عيناً أو ديناً. وفرق بينهما في المغني فصححه في العين، وقال في الدين: لا يصح؛ لأنه اشترى ما لا يقدر على قبضه. ثم قال: ومن أصحابنا من قال: يصح. وليس بشيء؛ لأن بيع الدين في ذمة المقر لا يصح فبيع دين في ذمة من ينكره، ولا يقدر مشتريه على قبضه أولى.

وأما كونه إذا عجز عن ذلك يخير بين الفسخ والإمضاء؛ فلأنه إذا فات بعض المعقود عليه يكون له الخيرة دليله الرد بالعيب؛ فلأن تكون له الخيرة إذا فات كل المعقود عليه بطريق الأولى.

---

(١) ساقط من هـ.

فصل

قال المصنف رحمه الله: **(يصح الصلح عن القصاص بديات وبكل ما يثبت مهراً. ولو صالح سارقاً ليطلقه، أو شاهداً ليكتم شهادته، أو شفيعاً عن شفعته، أو مقذوفاً عن حده لم يصح الصلح، وتسقط الشفعة. وفي الحد وجهان).**

أما كون الصلح عن القصاص بديات وبكل ما يثبت مهراً يصح؛ فلأن المال لم يتعين فيه فصح بالدية وبأكثر منها وبأقل.

ولأنه[1] يصح إسقاطه فلأن يصح الصلح عنه بما ذكر بطريق الأولى.

وقول المصنف رحمه الله: وبكل ما يثبت مهراً فيه إشارة إلى أنه يصح بالشيء وإن قل؛ لأنه قابل ذلك بقوله: بديات وذلك عبارة عن كثرة الشيء المصالح به.

وأما كون صلح السارق ليطلق لا يصح؛ فلأن الرفع إلى السلطان ليس حقاً يجوز الاعتياض عنه.

وأما كون صلح الشاهد ليكتم شهادته لا يصح؛ فلأن كتمان الشهادة حرام فلا يصح الاعتياض عنه.

وأما كون صلح الشفيع عن شفعته لا يصح؛ فلأنها إنما ثبتت لإزالة الضرر فإذا رضي بالعوض تبين أن لا ضرر فلا استحقاق فيبطل العوض لبطلان معوضه ولهذه العلة تسقط شفعته.

---

(١) في هـ: فلأنه.

وأما كون صلح المقذوف عن حده لا يصح ؛ فلأنه ليس بمال ولا يؤول إليه بخلاف دم العمد .

وأما كون الحد يسقط ففيه وجهان مأخذهما : أن حد القذف هل هو للآدمي أو لله؟ فإن قلنا : للآدمي سقط ؛ لأن الصلح منه دليل على الإسقاط .

ولأن الحد يسقط بالشبهة وما ذكر شبهة .

وإن قلنا : لله لم يسقط لعدم ما ذكر قبل .

قال : **(وإن صالحه على أن يُجري على أرضه أو سطحه ماء معلوماً صح . ويجوز أن يشتري ممراً في دار وموضعاً في حائط[1] يفتحه باباً ، وبقعة يحفرها بئراً ، وعلو بيت يبني عليه بنياناً موصوفاً . فإن كان البيت غير مبني لم يجز في أحد الوجهين ، وفي الآخر يجوز إذا وصف العلو والسفل)** .

أما كون الصلح على إجراء ماء معلوم على أرض أو سطح يصح ؛ فلأن الحاجة داعية إليه . واشترط المصنف رحمه الله كون الماء معلوماً؛ لأن الماء يختلف بكثرته وقلته . وطريق العلم في الماء على الأرض تقديره بالإصبع[2] أو العيدان[3] أو نحو ذلك ، وفي ماء السطح بمعرفة السطح . ويشترط في إجرائه على الأرض إذا شرط إجراءه في قناة تبيين موضعها وطولها وعرضها ؛ لأنه بيع لموضع من أرضه . ولا حاجة إلى بيان عمقها ؛ لأن قراره للمشتري . وإن شرط أن الأرض لربها كان إجارة تفتقر إلى معرفة عمقها ومدتها كإجارتها للزرع . ولا يشترط في إجراء الماء على السطح ذكر المدة ؛ لأن هذا لا يستوفى به منافع السطح بخلاف القناة .

---

(١) في هـ: داره وموضعاً في حائطه.

(٢) في و: بالأرض.

(٣) في و و هـ : بالعدان ، وما أثبتناه من ج.

وأما كون شراء الممر من دار يجوز ؛ فلأنه حق أعطي حكم العين بدليل جواز تملكه ابتداء بدون ملك العين بخلاف تملك المنفعة المباحة فإنه لا يتصور بذل ملك العين . ودليل تملك الممر ابتداء دون ملك العين أن شخصاً لو أحيا أرضاً ميتة ثم أحيا غيره الأرض التي تليها كان له حق المرور في تلك الأرض وإن لم يملك رقبتها .

وأما كون شراء موضع في حائط يفتحه باباً وبقعة يحفرها بئراً يجوز ؛ فلأنه شراء لبعض ما يملكه البائع فصح كما لو باعه نصف حائطه أو نصف أرضه .

وأما كون بيع علو بيت يبني عليه بنياناً موصوفاً يجوز ؛ فلأنه ملك البائع فجاز بيعه كالأرض . واشترط المصنف رحمه الله في صحة ذلك كون البنيان موصوفاً ليكون معلوماً .

وأما كون بيع ذلك لا يجوز إذا كان البيت غير مبني في وجهٍ ؛ فلأن المبيع العلو ولا وجود له قبل وجود السفل فوجب أن لا يجوز بيعه كالمعدوم .

وأما كونه يجوز في وجهٍ ؛ فلأنه موصوف أشبه ما إذا كان السفل مبنياً . واشترط المصنف رحمه الله في الجواز وصف السفل والعلو ؛ لأن المبيع لا يكون معلوماً إلا بذلك .

قال : **(وإن حصل في هوائه أغصان شجرة غيره فطالبه بإزالتها لزمه ذلك ، فإن أبى فله قطعها ، فإن صالحه عن ذلك بعوض لم يجز . وإن اتفقا على أن الثمرة له أو بينهما جاز ولم يلزم)** .

أما كون إزالة أغصان الشجرة الحاصلة في هواء الجار يلزم مالكها مع طلب الجار ؛ فلأن الهواء ملك لصاحب القرار ، فإذا طلب إخلاء ملكه لزمه إخلاؤه ؛ كما لو دخلت دابة إلى داره فطالب مالكها بإخراجها .

وأما كون مالك الهواء له قطعها إذا أبى مالكها من إزالتها ؛ فلأن في ذلك إخلاء ملكه الواجب إخلاؤه .

وأما كون الصلح عن ذلك بعوض لا يجوز؛ فلأن ذلك يزيد وينقص. وحكى المصنف رحمه الله ذلك في المغني عن أبي الخطاب.

وحكى عن القاضي: إن كانت الأغصان رطبة لم يجز الصلح عنها؛ لأنها تزيد في كل وقت.

وحكى عن ابن حامد: أنه يجوز في الرطب واليابس؛ لأن الجهالة في المصالح عنه لا يمنع الجواز لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فإنه يفتقر إلى العلم به لوجوب التسليم.

واشترط القاضي أن يكون الغصن معتمداً على نفس الحائط ومنع منه إذا كان على نفس الهواء؛ [لأنه بيعٌ للهواء][1] المجرد. وأيّد المصنف رحمه الله الجواز في المغني مطلقاً بأن قال: ومن مذهبنا جواز بيع الهواء. والزيادة التي تتجدد في الغصن يحتمل أن يعفى عنها؛ كالسِّمَنِ الحادث في المستأجر للركوب.

وأما كون الاتفاق على أن الثمرة لمالك الهواء أو بينهما يجوز؛ فلأن هذا يكثر في الأملاك المتجاورة، وفي القطع إتلاف وإضرار فدعت الحاجة إلى الصلح بالثمرة أو بعضها؛ لأنه أسهل.

قال المصنف رحمه الله في المغني: سئل الإمام أحمد عن ذلك فقال: لا أدري. ثم قال: يحتمل أن يصح؛ لما ذكر، ويحتمل أن لا يصح؛ لأن العوض مجهول ومن شرط الصلح العلم بالعوض.

وأما كون ذلك لا يلزم؛ فلأنه لو لزم لأدى إلى ضرر مالك الشجر لتأبد استحقاق الثمرة عليه، أو إلى ضرر مالك الهواء لتأبد بقاء الأغصان في ملكه.

---

(١) ساقط من هـ.

قال: (**ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحاً ولا ساباطاً ولا دكاناً، ولا أن يفعل ذلك في ملك إنسان، ولا دربٍ غير نافذ إلا بإذن أهله. وإن صالح عن ذلك بعوض جاز في أحد الوجهين**).

أما كون إشراع الجناح. وهو الرَّوْشَن يكون على أطراف الخشب مدفون في الحائط وأطرافه خارجة إلى الطريق، وكون إشراع الساباط وهو المستو في هواء الطريق، وكون إشراع الدكان وهي الدكة إلى طريق نافذ: لا يجوز؛ فلأنه تصرف في ملك الغير من غير إذن مالكه. ولا فرق فيما ذكر بين أن يضر ذلك بالمارة أو لا يضر؛ لأنه إن لم يضر حالاً فقد يضر مآلاً، ولا بين أن يأذن الإمام فيه أو لم يأذن؛ لأنه ليس له أن يأذن فيما لا مصلحة فيه للمسلمين لا سيما إذا احتمل أن يكون ضرراً عليهم في المال.

وقال ابن عقيل: إذا أذن الإمام فيما هو مشترك بين المسلمين ولا ضرر فيه جاز؛ لأنه نائب عن المسلمين فجرى إذنه مجرى إذنهم.

وأما كون فعل ذلك في ملك إنسان أو درب غير نافذ بغير إذن أهله لا يجوز؛ فلما تقدم ذكره.

وأما كونه يجوز إذا أذن فيه أهله؛ فلأن المنع لحقهم فإذا رضوا بإسقاطه جاز.

فإن قيل: قول المصنف رحمه الله: إلا بإذن أهله يرجع إلى جميع ما تقدم أم لا؟

قيل: لا؛ لأن أهل الطريق النافذ هو جميع المسلمين والإذن من جميعهم غير متصور فلا فائدة في الحكم عليه بالجواز.

وأما كون الصلح عن ذلك بعوض يجوز في وجهٍ وهو قول أبي الخطاب؛ فلأنه يجوز الصلح بغير عوض. فجاز بعوض؛ كما لو كان القرار مبنياً.

وأما كونه لا يجوز في وجهٍ وهو قول القاضي ؛ فلأنه بيع للهواء. وظاهر إطلاق المصنف رحمه الله[1] هذا الوجه الجواز سواء كان جناحاً أو ساباطاً أو دكاناً ، وصرح في الكافي بأن قول القاضي في الجناح والساباط ، و لم يذكر الدكان وهو صحيح يجب حمل إطلاق المصنف هنا عليه ؛ لأن تعليل القاضي لا يساعده في الدكان ؛ لكونها تبنى على القرار لا على هوائه .

قال : **(وإذا كان ظهر داره في درب غير نافذ ففتح فيه باباً لغير الاستطراق جاز ويحتمل أن لا يجوز . وإن فتحه للاستطراق لم يجز إلا بإذنهم في أحد الوجهين ، وإن صالحهم جاز ، ولو كان بابه في آخر الدرب ملك نقله إلى أوله ، ولم يملك نقله إلى داخل منه في أحد الوجهين)** .

أما كون من فتح باباً لغير الاستطراق في ظهر داره التي في دربٍ غير نافذ يجوز على المذهب ؛ فلأن له رفع حائطه بالكلية فرفع بعضه أولى .

وأما كونه يحتمل أن لا يجوز ؛ فلأن الباب دليل الاستطراق . وليس له أن يستطرق ؛ لما يذكر بعد .

وأما كون من فتحه للاستطراق بغير إذن أهل الدرب لا يجوز في وجهٍ ؛ فلأنه لا يجوز أن يجعل لنفسه حق الاستطراق في مكان مملوك لأهله لا حق له فيه .

وأما كونه يجوز في وجهٍ فلما ذكر قبل .

وأما كون ذلك يجوز مع الإذن ؛ فلأن الحق لهم فإذا رضوا بإسقاطه سقط .

وأما كون الصلح عن ذلك يجوز ؛ فلأن ذلك حقهم فجاز أخذ العوض عنه كسائر الحقوق .

---

(١) في هـ زيادة : على.

وأما كون من بابه في آخر الدرب الذي ليس بنافذ يملك[1] نقله إلى أوله؛ فلأنه يترك بعض حقه؛ لأن له الاستطراق إلى آخره.

وأما كونه يملكه في وجهٍ؛ فلأنه له رفع حائطه كله فرفع بعضه أولى.

ولأن ما يلي حائطه فناء له فملك فتح الباب فيه كحالة ابتداء البناء فإن له في الابتداء جعل بابه حيث شاء. فتركه له لا يسقط حقه منه.

قال: **(وليس له أن يفتح في حائط جاره ولا الحائط المشترك روزنة، ولا طاقاً إلا بإذن صاحبه. وليس له وضع خشبة عليه إلا عند الضرورة بأن لا يمكنه التسقيف إلا به. وعنه: ليس له وضع خشبة على جدار المسجد، وهذا تنبيه على أنه لا يضع على جدار جاره)**.

أما كون من ذكر ليس له فتح روزنة ولا طاق في حائط جاره ولا حائط مشترك بغير إذن صاحبه؛ فلأن ذلك انتفاع بملك الغير فلم يجز بغير إذنه لا سيما إذا كان يضر ببنائه ويضعفه.

وأما كونه له ذلك مع الإذن؛ فلأن الحق له فإذا أذن في إسقاطه سقط.

وأما كونه ليس له وضع خشبة عليه إذا لم يكن ضرورة؛ فلما تقدم.

وأما كونه له ذلك في حائط جاره عند الضرورة على المذهب؛ فلما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنعنَ أحدكمْ جارهُ أن يضعَ خشبَهُ على جدارهِ فنكسّ القوم رؤوسهم. فقال أبو هريرة: ما لي أراكمْ عنها مُعرضين؟ والله لأرمينها بينَ أكتافِكُم»[2] متفق عليه.

---

(١) في هـ: ملك.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٣١) ٢: ٨٦٩ كتاب المظالم، باب لا يمنع جاره أن يغرز خشبه في جداره. وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٠٩) ٣: ١٢٣٠ كتاب المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار.

ولأنه انتفاع لا يضر بالمالك فلم يمنع منه كالاستظلال بحائطه والجلوس في ضوء مصباحه.

فإن قيل: ما معنى قول أبي هريرة: «لأرمينها بين أكتافكم».

قيل معناه: لأضعن هذه السنة بين أكتافكم ولأحملنكم على العمل بها.

وقيل معناه: لأكلفنكم ذلك ولأضعن جذوع الجيران على أكتافكم ضرباً للمثل وقصداً للمبالغة.

وأما قول المصنف رحمه الله: بأن لا يمكنه التسقيف إلا به فتفسير للضرورة المشترطة عنده. وظاهره أنه لا فرق بين من كان له حائط واحد أو حائطان. وصرح به في المغني، وحكى فيه عن القاضي وأبي الخطاب: ليس هذا في كلام أحمد، وعلل ما ذهب إليه بأنه قد يمتنع عليه التسقيف على حائطين لكون البيت واسعاً لا يصل إليه الخشب. وإنما اشترطت الضرورة؛ لأن مقتضى الدليل عدم جواز الانتفاع بملك الغير بغير إذنه. ترك العمل به عند الضرورة للضرورة فيجب أن يبقى فيما عداه على مقتضاه. ولا بد أن يلحظ أنه لا ضرر في ذلك فإن كان يضر بأن يهدم الحائط أو يضعفه لم يكن له ذلك؛ لأن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا إضرار»[1] رواه مالك وابن ماجة والدارقطني.

فإن قيل: حديث أبي هريرة مطلق فلم اشترط ما ذكر من الضرورة وعدم الضرر؟

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٤١) ٢: ٧٨٤ كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره. قال في الزوائد: في إسناده جابر الجعفي متهم.

وأخرجه مالك في الموطأ (٣١) ٢: ٥٧١ كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق. ولفظهما: «لا ضرر ولا ضرار».

وأخرجه الدارقطني في سننه (٨٥) ٤: ٢٢٨ كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، في المرأة تقتل إذا ارتدت. باللفظ الذي ساقه المصنف.

قيل: أما الأول فيجب حمل الحديث عليه لما تقدم من أن مقتضى الدليل عدم جواز الانتفاع بملك الغير. ترك العمل به عند الضرورة للضرورة فيجب أن يبقى فيما عداها على مقتضاه.

وقال بعض أصحابنا: لا يشترط ذلك عملاً بعموم الخبر.

قال المصنف في المغني: أشار ابن عقيل إلى جواز ذلك وقال: ليس لنا مباح تعتبر في إباحته الحاجة. بدليل انتزاع الشقص المشفوع والفسخ بالخيار. فكذلك هاهنا.

وأما الثاني؛ فلأن قوله: «لا ضرر ولا ضرار»[1] يدل عليه فيجب أن يحمل حديث أبي هريرة عليه جميعاً بينهما.

وأما كونه له وضع خشبة على الحائط المشترك عند الضرورة المتقدم ذكرها على المذهب؛ فلأنه إذا كان له ذلك في حائط جاره مع أنه لا حق له فيه، فلأن يكون له ذلك في الحائط المشترك وله فيه حق بطريق الأولى.

وأما كونه له وضع خشبة على جدار المسجد عند وجود الضرورة وعدم الضرر على المذهب؛ فلأنه إذا جاز في ملك الجار مع أن حقه مبني على الشح والضيق ففي حق الله المبني على المسامحة والمساهلة أولى.

وأما كونه ليس له ذلك على روايةٍ؛ فلأن القياس يقتضي المنع. ترك في ملك الجار للخبر فيبقى في غيره على مقتضاه.

وأما كونه لا يضع خشبه على جدار جاره على روايةٍ مأخوذة مما ذكر من الرواية الثانية في جدار المسجد؛ فلأنه إذا لم يكن له ذلك مع أن له فيه حقاً؛ لأنه من

(١) سبق تخريجه ص: ٢٩١.

المسلمين والمسجد مشترك بينهم ؛ فلأن لا يكون له ذلك في ملك الغير المختص به بطريق الأولى .

قال : **(وإن كان بينهما حائط فانهدم فطالب أحدهما صاحبه ببنائه معه أجبر عليه . وعنه : لا يجبر لكن ليس له منعه من بنائه ، فإن بناه بآلته فهو بينهما . وإن بناه بآلة من عنده فهو له وليس للآخر الانتفاع به ، فإن طلب ذلك خُيّر الباني بين أخذ نصف قيمته منه وبين أخذ آلته)** .

أما كون الممتنع من البناء مع شريكه يجبر عليه على المذهب ؛ فلما فيه من إزالة الضرر عن شريكه .

وأما كونه لا يجبر عليه على روايةٍ ؛ فلأنه ملك لا حرمة له في نفسه . فلم يجبر مالكه على الإنفاق عليه ؛ كما لو انفرد به .

قال القاضي : أصحهما أنه يجبر لأن في ترك البناء إضراراً بالشريك فأجبر عليه كما يجبر على القَسْم إذا طلبه شريكه وعلى النقض إذا خيف سقوطه . ويؤيده قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار »[1] . وعدم حرمة الملك إن لم يوجب فحرمة شريكه الذي يتضرر بترك البناء يوجب . وفارق الملك المنفرد من حيث إنه لا يفوت به حق أحد ولا يتضرر به .

وأما كونه على روايةِ أنه لا يجبر : ليس للشريك منع شريكه من بنائه ؛ فلأن له حقاً في الحمل[2] ورسماً في الحائط فلا[3] يجوز منعه من ذلك .

وأما كون الحائط مشتركاً بينهما إذا بناه بآلته ؛ فلأن آلته مشتركة وقد عادت فيجب أن تعود كما كانت .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٩١.

(٢) في و: الجملة.

(٣) في هـ: ولا.

ولأن الباني إنما أنفق على التأليف وذلك أثر لا عين يملكها .

وظاهر كلام المصنف هنا وفي المغني والكافي أنه لا يملك منع شريكه من وضع ما كان له عليه ؛ لأنه ذكر المنع في المسألة التي تأتي دون هذه .

ولأنه قال في الكافي : عاد بينهما كما كان برسومه وحقوقه ؛ لأنه عاد بعينه . وصرح صاحب النهاية بذلك فيها ، فقال : فإن بناه بآلته فهو بينهما على الشركة ولا يلزم شريكه أجرة البنائين ، وليس لشريكه أن يمنعه أن ينتفع بأعيان ملكه .

وفيما ذكره الأصحاب نظر . وينبغي أن البانيَ يملك منع شريكه من التصرف فيه حتى يؤدي ما يخصه من الغرامة الواقعة بأجرة المثل ؛ لأنه لو لم يكن كذلك لأدى إلى ضياع حق الشريك .

ولأنا إذا أجبرناه على العمارة نجبره على وزن أجرة البناء كما نجبره على وزن ثمن الآلات فيجب أنه إذا وزنها الشريك يرجع بها كما لو وزن ثمن الآلات فإنه يرجع بها .

ولأن الأصحاب اتفقوا على أن للشريك أن يمنع شريكه من التصرف فيما إذا بناه بآلة من عنده حتى يؤدي ما يخصه من قيمة البناء وذلك اسم الآلة مع التأليف فإذا وجب الرجوع بقيمة التأليف مع قيمة الآلة فما المانع من وجوب رد قيمة التأليف المنفرد .

وأما كون البناء للباني إذا بناه بآلة من عنده ؛ فلأنه ملكه .

وأما كون الآخر ليس له الانتفاع به -والمراد قبل أداء ما يجب عليه-؛ فلأنه يتصرف في ملك الغير بغير إذنه .

وأما كون الباني يجبر بين أخذ نصف قيمته من شريكه إذا طلب الانتفاع به وبين أخذ آلته ؛ فلأنه ليس له إبطال حق شريكه ، وفي أخذ القيمة جمع بين الحقين ، وفي أخذ الآلة تمكين للغير من استيفاء حقه .

قال: **(وإن كان بينهما نهر أو بئر أو دولاب أو ناعورة أو قناة واحتاج إلى عمارة ففي إجبار الممتنع روايتان. وليس لأحدهما منع صاحبه من عمارته وإذا عمّره فالماء بينهما على الشركة)**.

أما كون الممتنع في الصورة المذكورة يجري فيه الخلاف المذكور؛ فلما تقدم قبل.

وأما كون أحدهما ليس له منع صاحبه من عمارته؛ فلما تقدم أيضاً.

وأما كون الماء بينهما على الشركة؛ فلأن عامر ذلك ليس له فيه عين بل أثر فيجب أن يعود بينهما على ما كان كما لو بنى الحائط المشترك بآلته، ويجيء في هذا ما تقدم من النظر؛ لأنه مثله.

كتاب الحجر

[1] الحجر في اللغة: المنع. ومنه سمي الحرام حجراً؛ لأنه ممنوع منه. قال الله تعالى: ﴿ويقولون حِجْراً محجوراً﴾ [الفرقان:٢٢] أي حراماً محرماً. ويسمى العقل حِجراً لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح قال الله تعالى: ﴿هل في ذلك قسم لذي حِجْرٍ﴾ [الفجر:٥] أي لذي عقل.

وفي الشرع: منع المحجور عليه من التصرف فيما حجر عليه فيه.

قال المصنف رحمه الله: **(وهو على ضربين: حجر لحق الغير. نذكر منه هاهنا الحجر على المفلس)**.

أما كون الحجر على ضربين؛ فلأنه تارة يكون لحق غير المحجور عليه، وتارة يكون لحق المحجور عليه وسيأتي بيانهما في مواضعهما.

وأما قول المصنف رحمه الله: نذكر منه هاهنا الحجر على المفلس فمشعر بأمرين:

أحدهما: أن الحجر لحق الغير يكون لغير المفلس وهو صحيح لأن المريض مرض الموت يحجر عليه في التصرف بالزائد على الثلث لحق الورثة، والمكاتب والمأذون له[2] يحجر عليهما لحق سيدهما.

وثانيهما: أن المقصود هاهنا ذكر الحجر على المفلس الذي الحجر عليه لأجل غرمائه لأن ما عدا ذلك يذكر في مواضعه إن شاء الله تعالى.

---

(١) ورد العنوان في و: باب الحجر.

(٢) في هـ زيادة: فيما.

فإن قيل: ما المفلس؟

قيل: الذي دَينه أكثر من ماله، وفي قوله ﷺ: «ولكن المُفلسَ من يأتي يومَ القيامةِ بحسناتٍ أمثالَ الجبالِ وقد ظلمَ هذا، ولطمَ هذا، وأخذَ من عرضِ هذا. فيأخذُ هذا من حسناتهِ وهذا من حسناتهِ. فإن بقيَ عليه شيء أُخذَ من سيئاتهمْ فردّ عليه ثم صكّ له[1] صكاً إلى النار»[2]: تنبيه على ذلك لأنه أخبر أن المفلس له حسنات أمثال الجبال لكنها كانت دون ما عليه.

قال: **(ومن لزمه دين مؤجل لم يُطالب به قبل أجله، ولم يحجر عليه من أجله، فإن أراد سفراً يحل الدين قبل مدته فلغريمه منعه إلا أن يوثقه برهن أو كفيل، وإن كان لا يحل قبله ففي منعه روايتان).**

أما كون من لزمه دين مؤجل لا يطالب به قبل أجله؛ فلأن الدين المؤجل لا يلزم أداؤه قبل الأجل ومن شرط المطالبة لزوم الأداء.

وأما كونه لا يحجر عليه من أجله؛ فلأن المطالبة به لا تستحق فكذا الحجر.

وأما كون الغريم له منع غريمه من سفر يحل الدين قبل مدته عند عدم التوثقة؛ فلأن في ذلك تأخيراً لحقه عن محِلّه فملك منعه كنفس التأخير.

وأما كونه ليس له منعه مع التوثقة؛ فلأن ضرر التأخير يزول بذلك لتمكنه من الاستيفاء عند مَحِلّه من الرهن أو الكفيل.

وأما كونه له منعه من سفر لا يحل الدين قبل مدته في روايةٍ؛ فلأن قدومه قبل المحِلّ غيرُ متيقن ولا ظاهر. أشبه ما لو كان السفر طويلاً.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٥٨١) ٤: ١٩٩٧ كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢٤١٨) ٤: ٦١٣ كتاب صفة القيامة، باب ما جاء في شأن الحساب والقصاص. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

وأما كونه ليس له ذلك في روايةٍ؛ فلأنه لا يستلزم تأخير حقه بخلاف المسألة قبل.

قال المصنف في المغني بعد رواية المنع: هو ظاهر كلام أحمد.

قال: **(وإن كان حالاً وله مال يفي به لم يحجر عليه ويأمره الحاكم بوفائه. فإن أبى حبسه. فإن أصر باع ماله وقضى دينه)**.

أما كون من ذكر لا يحجر عليه؛ فلأن الغرماء يمكنهم المطالبة بحقوقهم في الحال فلا حاجة إلى الحجر.

وأما كون الحاكم يأمره بالوفاء؛ فلأن الغرماء إذا طلبوا ذلك منه تعين عليه لما فيه من فصل القضاء المرصد له.

وأما كونه يحبسه إذا أبى ذلك؛ فلأن كل ممتنع من وفاء حقٍّ عليه يجب حبسه إذا كان قادراً عليه حتى يوفي، وما لا يتم الواجب إلا به واجب.

قال: **(فإن ادعى الإعسار وكان دينه عن عوض كالبيع والقرض، أو عرف له مال سابق حبس إلا أن يقيم البينة على نفاد ماله وإعساره. وهل يحلف معها؟ على وجهين. وإن لم يكن كذلك حلف وخلي سبيله)**.

أما كون من ادعى الإعسار وكان دينه عن عوض، أو عرف له مال سابق يحبس إذا لم[1] يقم البينة على نفاده وإعساره؛ فلأن الأصل بقاء ماله وإذا كان باقياً تعين حبسه ليقضي دينه؛ كالمقر بيساره. ولا بد أن يُلحظ أن صاحب الدين مكذب للمدعي في دعواه لأنه لو صدقه لكان كما لو قامت البينة بإعساره. وسيأتي ذكره.

(١) ساقط من هـ.

وأما كونه لا يحبس إذا أقام البينة على ذلك؛ فلأن البينة تظهر الإعسار فيجب إنظاره لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، وقول النبي ﷺ لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها وكثر دينه: «خُذوا ما وَجدتمْ وليسَ لكمْ إلا ذلك»[1].

ولأن الحبس إما أن يكون لإثبات عسرته أو ليقضي دينه، وعسرته ثابتة والقضاء متعذر. وإذا كان كذلك لم يكن في الحبس فائدة.

وأما صفة ما تشهد به البينة فظاهر كلام المصنف هنا أنها لا بد وأن تشهد على النفاد. وذكر في المغني أن البينة إن شهدت بالتلف سُمِعت وإن لم تكن من أهل الخبرة الباطنة، وإن شهدت بالإعسار لم تسمع إلا أن تكون من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقادمة لأن الإعسار من الأمور الباطنة التي لا يعلمها إلا أهل الخبرة الباطنة والمخالطة. وفي هذا إشعار بأن البينة إن كانت من أهل الخبرة الباطنة كفى أن تشهد بالإعسار دون النفاد، وإن لم يكن كذلك لم يكف بل لا بد من الشهادة على النفاد. وهو تفصيل حسن لأن البينة إذا كانت من أهل الخبرة الباطنة لزم من صحة شهادتهما نفاد المال بخلاف ما إذا لم يكن كذلك.

وأما كونه لا يحلف مع البينة على وجهٍ؛ فلأن في ذلك تكذيباً للبينة.

وأما كونه يحلف على وجهٍ فلاحتمال أن يكون له مال لا يُعلم.

وأما كونه يخلى سبيله؛ فلأن الأصل أنه لا مال له.

قال: **(وإن كان له مال لا يفي بدينه فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لزمته إجابتهم. ويستحب إظهاره، والإشهاد عليه).**

---

(١) سيأتي تخريجه ص: ٣٢١.

أما كون الحاكم يلزمه إجابة غرماء المفلس إذا سألوه الحجر عليه؛ فلأن النبي ﷺ حجر على معاذ لما سأل غرماؤه ذلك، وفي الحديث عن عبدالرحمن بن كعب قال: «كان معاذ[1] من أفضلِ شبابِ قومهِ، ولم يكن يُمسكُ شيئاً. فلم يزلْ يَدّان حتى أُغرقَ مالهُ في الدينِ. فكلمَّ النبيَّ ﷺ غرماؤُه. ولو تُركَ أحدٌ من أجلِ أحد لتُركَ معاذٌ من أجلِ رسولِ اللهِ ﷺ. فباعَ لهمْ رسولُ الله ﷺ مالهُ حتى قام معاذٌ بغيرِ شيءٍ»[2].

وأما كون إظهار الحجر والإشهاد عليه يستحب؛ فلأن في ذلك إعلاماً للناس بحاله، فلا يعامله أحد إلا على بصيرة وظنِّ فَوات ما عامله به[3].

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٥١٧٧) ٨: ٢٦٨ كتاب البيوع، باب المفلس والمحجور عليه.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٤٨ كتاب التفليس، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه.

(٣) زيادة من ج.

فصل [في أحكام الحجر]

قال المصنف رحمه الله: **(ويتعلق عليه بالحجر أربعة أحكام:**

أحدها: تعلق حق الغرماء بماله. فلا يقبل إقراره عليه. ولا يصح تصرفه فيه إلا العتق على إحدى الروايتين).

أما كون المال المذكور يتعلق به أربعة أحكام إذا حجر على مالكه فلما يأتي ذكره في مواضعه.

وأما كون حق الغرماء يتعلق به؛ فلأنه لو لم يكن كذلك لما كان في الحجر فائدة.

ولأنه يباع في ديونهم فكانت حقوقهم متعلقة به كالرهن.

وأما كونه لا يقبل إقراره عليه؛ فلأنه مال متعلّق به حق الغير فلم يقبل الإقرار عليه كالعين المرهونة.

وأما كونه إذا تصرف فيه بغير العتق لا يصح فلما ذكر.

ولأنه محجور عليه بحكم الحاكم فلم يصح تصرفه فيه كالسفيه.

وأما كونه إذا تصرف بالعتق لا يصح على روايةٍ فلما ذكر.

ولأن حق الغرماء تعلق بماله فمنع صحة عتقه كما لو كان مريضاً.

وأما كونه يصح على روايةٍ؛ فلأنه عتق من مالك رشيد صحيح. أشبه عتق الراهن.

ولأن للشارع تشوفاً إلى العتق. ولذلك صحح معلقه وكمثل مبعضه.

قال صاحب النهاية فيها: لعل الأول أولى لأن الحاكم لم ينشئ الحجر إلا[1] للمنع من التصرف، وفي صحة العتق إبطال لذلك.

قال: **(وإن تصرف في ذمته بشراءٍ، أو ضمانٍ، أو إقرارٍ: صح. ويُتْبَع به بعد فك الحجر عنه)**.

أما كون تصرف المفلس في ذمته يصح؛ فلأنه أهل للتصرف، والحجر تعلق بماله لا بذمته فوجب أن يصح تصرفه في ذمته عملاً بأهليته السالمة عن معارضة الحجر.

وأما كونه يُتْبَع به بعد فكّ الحجر عنه؛ فلأنه حق عليه لم يمكن تعلقه بماله قبل فك الحجر لحق الغرماء فوجب أن يُتْبَع به بعد فكّ الحجر عنه لزوال المعارض. ومفهوم كلام المصنف رحمه الله: أن من اشترى منه أو ضمن له أو أقر له ليس له مشاركة الغرماء وهو صحيح صرح به في المغني لأن من علم فقد رضي بالتأخير ومن لم يعلم فقد فرّط.

قال: **(وإن جنى شارك المجنيُّ عليه الغرماء. وإن جنى عبدُه قُدّم حق المجني عليه بثمنه)**.

أما كون من جنى عليه المفلسُ يشارك الغرماء؛ فلأن حقه ثبت على الجاني بغير اختيارِ من له الحق، و لم يرض بتأخيره. بخلاف التي قبلها.

فإن قيل: لِمَ لم يقدم أرش الجناية هنا على الغرماء كما تقدم جناية العبد المرهون [على حق المرتهن؟

قيل: لأن دين الجناية والغرماء متعلق فيهما بالذمة بخلاف جناية العبد المرهون][2] فإنها متعلقة بالعين تفوت بفواتها.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.

وأما كون من جنى عليه عبده يقدم بثمنه؛ فلأنه يقدم حقه على المرتهن الذي يقدم على سائر الغرماء؛ فلأن يقدم على الغرماء بطريق الأولى.

فصل [الحكم الثاني]

قال المصنف رحمه الله: **(الثاني: أن من وجد عنده عيناً باعها إياه فهو أحق بها. بشرط أن يكون المفلس حياً، ولم ينفد من ثمنها شيئاً، والسلعة بحالها لم يتلف بعضها، ولم تتغير صفتها بما لا يزيل اسمها؛ كنسج الغزل، وخبز الدقيق، ولم يتعلق بها حقٌّ من شفعة أو جناية أو رهن ونحوه، ولم ترد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صنعة. وعنه: أن الزيادة لا تمنع الرجوع)**.

أما كون من وجد عينه التي باعها عند من قد أفلس أحق بها فلما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «منْ أدركَ متاعَهُ بعينِهِ عندَ إنسانٍ قدْ أفلسَ فهوَ أحقُّ به»[1] رواه البخاري ومسلم.

ولأن الثمنَ أحدُ عوضي العقد فتعذره يثبت خيار الفسخ كتعذر المسلَم فيه.

وأما ما يشترط لذلك فأمور:

أحدها: أن يكون المفلس حياً. فإن كان قد مات ثم تبين أنه كان مفلساً كان الذي باعها أسوةَ الغرماء؛ لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما امرئٍ

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٧٢) ٢: ٨٤٦ كتاب الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند مفلسٍ في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٩) ٣: ١١٩٣ كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه.

ماتَ وعندهُ مالُ امرئٍ بعينهِ، اقتضَى منهُ شيئاً أو لم يقتَضِ، فهوُ أسوةٌ للغُرماءِ[1]»[2] رواه ابن ماجة.

وفي روايةٍ أبي داود في حديث المفلس عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «فإن[3] ماتَ فصاحبُ المتاعِ أسوةُ الغُرماء»[4].

ولأن الملك انتقل عن المفلس إلى الورثة فلم يكن لصاحب المتاع أخذه كما لو باعه المفلس.

وثانيها: أن لا يكون نفد من ثمنها شيئاً. فإن كان قد نفد منه شيئاً فهو أسوة الغرماء لأن في حديث أبي هريرة: «وإن كان قبض من ثمنها شيئاً فهو أسوة الغرماء»[5]. رواه أبو داود وابن ماجة والدارقطني.

ولأن في الرجوع في قسط ما بقي تبعيضاً للصفقة على المشتري وإضراراً به وليس ذلك للبائع.

فإن قيل: ليس فيه ضرر لأن مال المفلس يباع ولا يبقى له.

قيل: الضرر متحقق مع البيع فإنه لا يُرغب فيه مُشَقّصاً بمثل ما يرغب فيه غير مُشَقّص فينقص ثمنه فيتضرر المفلس والغرماء.

ولأنه سبب يُفسخ به البيع فلم يجز مع تشقيصه كالرد بالعيب والخيار.

---

(١) في هـ: أسوة أمثاله.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٦١) ٢: ٧٩١ كتاب الأحكام، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس.

(٣) في هـ: من.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٢٢) ٣: ٢٨٧ كتاب البيوع، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٢١) الموضع السابق.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٥٩) ٢: ٧٩٠ كتاب الأحكام، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس.
وأخرجه الدارقطني في سننه (١٠٩) ٣: ٢٩-٣٠ كتاب البيوع.

ولا فرق بين كون المبيع عيناً واحدة أو عينين لما ذكر من الحديث والمعنى. ذكره المصنف في المغني.

وثالثها: أن تكون السلعة لم يتلف بعضها. فإن كان قد تلف بعضها؛ كعبدٍ قطعت يده، أو قلعت عينه، أو ثوبٍ ذهب بعضه، أو دارٍ انهدم بعضها، أو شجرٍ مثمر تلف ثمره، أو نحوِ ذلك: لم يكن البائع أحق به؛ لأن النبي ﷺ قال: «مَنْ أدركَ متاعَهُ بعينِهِ عندَ إنسانٍ قدْ أفلسَ فهوَ أحقُّ به»[1]. شرط في كونه أحق به أن يدركه بعينه، والتالف بعضه لم يدركه بعينه.

ولا فرق بين أن يرضى به بجميع الثمن وبين أن يأخذ الموجود بقسط من الثمن لأنه فات شرط الرجوع.

فإن قيل: لو كان المبيع عينين كان الحكم كذلك.

قيل: فيه روايتان: إحداهما: أن يكون كذلك؛ لأنه لم يوجد المبيع بعينه. أشبه ما لو كان عيناً واحدة.

وثانيهما: أنه يرجع في الباقي بقسطه من الثمن لأنه متاع وجده بعينه فيدخل في عموم الخبر.

فإن قيل: فما الفرق على هذه الرواية بين ذلك وبين ما إذا قبض من الثمن شيئاً؟

قيل: الفرق بينهما أن المقبوض من الثمن مقسط على المبيع فيقع القبض من ثمن كل واحدة من العينين، وقبض شيء من ثمن ما يريد الرجوع فيه مبطل له. بخلاف التلف فإنه لا يلزم من تلف بعض أحد العينين تلف شيء من العين الأخرى.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

ورابعها: أن لا يغير صفة السلعة بما يزيل اسمها. فإن غيّر صفتها بما يزيل اسمها؛ كغزلٍ نُسِجَ، ودقيق خُبِز، وحنطةٍ طُحنت، وزيتٍ عمل صابوناً، وثوبٍ فُصِّلَ قميصاً، وخشبةٍ جعلت باباً، ونحو ذلك: لم يكن البائع أحق به؛ لأنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له الرجوع كما لو تلِف.

ولأنه تغير اسم المبيع وصفته فلم يملك الرجوع كما لو كان نوى فنبت شجراً.

وفي تقييد المصنف رحمه الله: التغيير بما يزيل الاسم إشعار بأنه لو تغير بما يزيل الاسم لم يمنع الرجوع وسيأتي مصرحاً به في قوله: وإن صبغ الثوب أو قصره لم يمنع الرجوع.

وخامسها: أن لا يتعلق بالسلعة حقٌّ من شفعة أو جناية أو رهن. فإن تعلق بها أحد ذلك منع البائع الرجوع:

أما كون الشفعة تمنع ذلك؛ فلأن الشفيع حقه أسبق لأنه ثبت بالبيع والبيع ثبت حقه بالحجر وإذا كان حقه أسبق كان أولى لسبقه.

ولأن حقه آكد لأنه يستحق انتزاع العين من المشتري وممن نقلها إليه المشتري وحق البائع ليس كذلك.

وقال ابن حامد: للبائع أخذ ذلك لعموم الخبر.

ولأنه إذا رجع فيه عاد الشقص إليه وزال الضرر عنه وعن الشفيع لأنه عاد كما كان قبل البيع ولم تتجدد شركة لغيره.

والأول أولى لما ذكر. وما ذكر من زوال الضرر غير مُسَلَّم. بدليل ما لو باعها المشتري من البائع أو أقاله فيها فإن للشفيع الأخذ بالشفعة، ولو زال الضرر لم يملك ذلك.

وأما كون الجناية تمنع؛ فلأن الرهن يمنع الرجوع وحق الجناية مقدم عليه فأولى أن يمنع.

قال المصنف في المغني: ويتوجه أن يقال: لا يمنع لأنه حق[1] لا يمنع تصرف السيد بالبيع وغيره فلا يمنع الرجوع كما لو ثبت في ذمته دين.

وأما كون الرهن يمنع؛ فلأن المفلس عقد قبل الفلس عقداً منع نفسه من التصرف فلم يكن للبائع الرجوع كما لو باعه أو وهبه.

ولأن في الرجوع إضراراً بالمرتهن، ولا يزال الضرر بالضرر.

وسادسها: أن لا تزيد زيادة متصلة. فإن زادت زيادة متصلة كالسِّمَن والكِبَرِ وتعلمِ صنعة لم يكن البائع أحق بها لأن الرجوع فسخ لسبب حادث فلم يملكه في عين المال الزائدة زيادة متصلة؛ كفسخ النكاح بالإعسار أو الرضاع. وهذا قول الخرقي. ذكره المصنف في المغني.

ومنصوص الإمام أحمد -رحمة الله عليه- أن ذلك لا يمنع؛ لعموم قوله عليه السلام: «منْ أدركَ متاعَهُ بعينِهِ عندَ إنسانٍ قدْ أفلسَ فهوَ أحقُّ به»[2].

ولأنه فسخ لا يمنع منه الزيادة المتصلة كالرد بالعيب.

وفارق الرد هنا الرد بالفسخ بالإعسار أو الرضاع من حيث إن الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين فيحصل له حقه تاماً. وهاهنا لا يمكن البائع الرجوع في جميع الثمن لمزاحمة الغرماء فلا يحصل له حقه تاماً.

وفرق المصنف رحمه الله -مؤيداً لقول الخرقي- بين الرد هنا وبين الرد بالعيب من وجهين:

---

(١) في هـ: لا حق.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

أحدهما: أن العيب معنى قارن العقد بخلاف الرد هنا فإنه بسبب حادث وهو الحجر على المشتري.

والثاني: أن المشتري هو الفاسخ فيكون فسخه رضاً بترك الزيادة، والفسخ هنا من البائع فلا يكون فسخه رضاً بترك حق المشتري.

قال: **(فأما الزيادة المنفصلة والنقص بهزال أو نسيان صنعة فلا يمنع الرجوع، والزيادة للمفلس. وعنه: للبائع).**

أما كون الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة والكسب لا يمنع الرجوع؛ فلأن البائع وجد عين ماله بعينه فكان أحق به للحديث.

ولأن المانع في الزيادة المتصلة مفقود في المنفصلة فكان أحق بعينه عملاً بالحديث السالم عن المعارض.

وأما كون الزيادة للمفلس وهو قول الخرقي؛ فلأنه مُنع الرجوع بالزيادة المتصلة لكونها للمفلس فالمنفصلة أولى.

ولأن المنفصلة لا تتبع الأصل في الفسخ بدليل الرد بالعيب والخيار والرجوع في الصداق بالطلاق.

وأما كونها للبائع عند الإمام أحمد؛ فلأنها زيادة فكانت للبائع كالمتصلة. وذكر المصنف هذه الرواية في المغني قولاً لأبي بكر، وحكى عنه أنه أخذه من قول أحمد في ولد الجارية ونتاج الدابة هو للبائع ثم قال: والأول هو الصحيح لأن الزيادة انفصلت في ملك المشتري فكانت له كما لو وجد بالمبيع عيباً فرده وقول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان»[1] يدل على أن النماء والغلة لمن كان عليه الضمان. وفارق

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٠) ٣: ٢٨٤ كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٨٥) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٩٠) ٧: ٢٥٤ كتاب البيوع، الخراج بالضمان.

الزيادة المتصلة من حيث إنها تتبع في الفسوخ، وكلام أحمد يُحمل على أنه باعها حاملاً.

وأما كون النقص بذهاب صنعة كعبد هُزِل أو نسي صناعة، أو ثوب فخَلِقَ لا يمنع الرجوع؛ فلأن فقد الصفة لا تخرجه عن كونه عين ماله، وإذا كان كذلك كان لبائعه أخذه لقوله عليه السلام: «منْ أدركَ متاعَهُ بعينِه... الحديث»[1].

فإن قيل: هل له أن يأخذ عوض نقصه شيئاً؟

قيل: لا. لكنه يتخير بين أخذه ناقصاً بجميع حقه، وبين أن يضرب مع الغرماء بكمال ثمنه؛ لأن الثمن لا يتقسط على صفة السلعة من سِمَنٍ وهُزال وعلم ونحوه. وإذا كان كذلك كان بمنزلة نقصان قيمته لتغير الأسعار.

قال: **(وإن صبغ الثوب أو قصره لم يمنع الرجوع والزيادة للمفلس)**.

أما كون ما ذكر لا يمنع الرجوع؛ فلأن العين قائمة مشاهدة لم يتغير اسمها ولا صفتها. أشبه ما لو وجدها غير مصبوغة ولا مقصورة.

وأما كون الزيادة للمفلس؛ فلأنها حصلت بفعله في ملكه.

قال: **(وإن غرس الأرض أو بنى فيها فله الرجوع ودفع قيمة الغراس والبناء فيملكه إلا أن يختار المفلس والغرماء القلع ومشاركته بالنقص. وإن أبوا القلع وأبى دفع القيمة سقط الرجوع)**.

أما كون البائع له الرجوع في المبيع بغرسه وبنائه فيملكه إذا دفع قيمة ذلك مع عدم اختيار المفلس والغرماء القلع؛ فلأن الغراس والبناء حصل في ملكه لغيره بحق فكان له ذلك؛ كالشفيع إذا غرس المشتري في الأرض المشفوعة أو بنى.

⇨

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٤٣) ٢: ٧٥٤ كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان.

(١) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

وأما كونه ليس له ذلك إذا اختار المفلس والغرماء القلع ومشاركة البائع بالنقص؛ فلأنه لا حق للبائع في الغراس والبناء فلا يملك إجبار مالكهما على المعاوضة.

فعلى هذا يرجع في أرضه ويضرب مع الغرماء بأرش ما نقصت الأرض بالقلع لأن ذلك نقصٌ حصل لتخليص ملك المفلس فكان عليه؛ كما لو أدخل[1] فصيلاً دار إنسان فكَبِر. فأراد صاحبه إخراجه ولم يمكن إلا بهدم الباب. فإنه يُهدم ويخرج ويضمنُ ما نقص.

فإن قيل: لو وجد البائع عين ماله ناقصة فاختار الرجوع لم يكن له أرش النقص فلم لا يكون هاهنا كذلك؟

قيل: الفرق بينهما أن النقص هنا حدث بعد رجوعه في العين بخلاف ما ذكر.

وأما كونه يسقط الرجوع إذا امتنع المفلس والغرماء من القلع، والبائع من دفع القيمة؛ فلأن في الرجوع ضرراً على المشتري، والضرر لا يزال بالضرر.

ولأن عين مال البائع صارت مشغولة بملك غيره فسقط حقه من الرجوع كما لو كان المبيع مسامير فسمر بها باباً أو خشبة فبنى عليها داراً.

وقال القاضي: يحتمل أن له الرجوع لأن أكثر ما فيه أنه مشغول بملك المفلس فلم يمنع الرجوع كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه المشتري.

فعلى هذا إذا رجع في الأرض بقي الغراس والبناء للمفلس فإن اتفق هو والغرماء والبائع على البيع بيعت الأرض بما فيها وأخذ كل واحد منهم بقدر حقه.

---

(١) في هـ: دخل.

وإن امتنع صاحب الأرض من البيع احتمل أن يجبر عليه كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه ، واحتمل أن لا يجبر لأنه يمكن إفراد مال المفلس بالبيع بخلاف الثوب.

فصل [الحكم الثالث]

قال المصنف رحمه الله: (**الحكم الثالث: بيع الحاكم ماله وقسم ثمنه. وينبغي أن يحضره ويحضر الغرماء، ويبيع كل شيء في سوقه**).

أما كون الحاكم يبيع مال المفلس إذا حجر عليه؛ فلأن النبي ﷺ لما حجر على معاذ باع ماله في دينه وقسم ثمنه بين غرمائه[1].

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه خطب الناس وقال: «ألا إن أُسيْفَع[2] جهينة قد رضي من دَينِه وأمانتِهِ بأن يقال: سبقَ الحاج فادّان معرضاً فأصبحَ وقد رين به. فمنْ كانَ لهُ مالٌ فليحضرْ غداً فإنا بائعوا مالهُ، وقاسموهُ بينَ غرمائِه»[3].

ولأنه محجور عليه يحتاج إلى قضاء دينه فجاز بيع ماله فيه بغير رضاه؛ كالصغير والسفيه.

وأما كون الحاكم ينبغي له أن يحضر المفلس في وقت البيع فلمعان أربعة:

أحدها: أنه يحصي ثمن متاعه ويضبطه.

وثانيها: أنه أعرف بالجيد من متاعه ورديئه فإذا حضر تكلم عليه، وعرف الغبن من غيره.

---

(١) سبق ذكره ص: ٣٠١.

(٢) في هـ: أشيفع.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٤٩ كتاب التفليس، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه.

وثالثها: أن تكثر فيه الرغبة. فإن شراء الشيء من صاحبه[1] أحب إلى المشترين.

ورابعها: أن ذلك أطيب لنفسه وأسكن لقلبه.

وأما كونه ينبغي له أن يُحضر الغرماء فلأمور أربعة أيضاً:

أحدها: أنه يباع لهم.

وثانيها: ربما رغبوا في شراء شيء منه فزادوا في ثمنه فيكون أصلح لهم وللمفلس.

وثالثها: أنه أطيب لقلوبهم وأبعد في التهمة.

ورابعها: أنه ربما كان فيهم من يجد عين ماله فيأخذها.

وظاهر كلام المصنف أن ذلك غير واجب وهو صحيح لأن ذلك موكول إليه ومفوض إلى اجتهاده وربما أدى اجتهاده إلى خلاف ذلك بأن يرى المصلحة في المبادرة إلى البيع قبل الإحضار ونحو ذلك.

وأما كونه يبيع كل شيء في سوقه. ومعناه: أنه يبيع البز في البزازين، والكتب في الكتبيين، وما أشبه ذلك؛ فلأنه أحوط وأكثر لطلابه ومعرفة ثمنه.

فإن قيل: لو بيع في غير سوقه بثمن مثله ما الحكم؟

قيل: يجوز؛ لأن الغرض تحصيل الثمن.

فعلى هذا يكون قول المصنف رحمه الله: ويبيع كل شيء في سوقه معطوفاً على ويحضر[2]. ويقدر: وينبغي أن يبيع؛ ليكون كلامه مشعراً بالجواز المذكور. ثم يستأنف: ويُترك له من ماله لأن ذلك واجب.

---

(١) في هـ: صاحب.

(٢) في هـ: يحضر.

قال: **(ويُترك له من ماله ما تدعو إليه حاجته من مسكن وخادم، وينفق عليه بالمعروف إلى أن يفرغ من قسمه بين غرمائه).**

أما كون الحاكم يترك للمفلس من ماله ما تدعو حاجته إليه من مسكن وخادم؛ فلأن ذلك ما لا غنى له عنه فلم يبع في دينه كثيابه وقوته.

وأما كونه ينفق عليه بالمعروف إلى أن يفرغ من قسمه بين غرمائه؛ فلأن ملكه قبل القسمة باق على ذلك.

ولأن[1] النبي ﷺ قال: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»[2]. ومن المعلوم أن فيمن يعوله من تجب نفقته عليه ويكون ديناً عليه كالزوجة. فإذا قُدّم نفقةُ نفسه على نفقتها فكذا تُقدم على حق الغرماء.

ولأن الحي آكد حرمة من الميت؛ لأنه[3] مضمون بالإتلاف، وتجهيز الميت وتكفينه مقدم على دينه فنفقة الحي أولى.

قال: **(ويبدأ ببيع ما يسرع إليه الفساد ثم بالحيوان ثم بالأثاث ثم بالعقار. ويعطي المنادي أجرته من المال).**

أما كون الحاكم يبدأ ببيع ما يسرع إليه الفساد كالبطيخ والطبيخ وما أشبههما؛ فلأن بقاءه يتلفه بيقين.

---

(١) في هـ: فلأن.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٤١) ٥: ٢٠٤٨ كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، ولفظه: عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: ((خير الصدقة ما كان على ظهر غنى، وابدأ بمن تعول)).
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٤٢) ٢: ٧٢١ كتاب الزكاة، باب كراهة المسألة للناس. ولفظه عن أبي هريرة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((... فإن اليد العليا أفضل من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول)).
وفي (٩٩٧) ٢: ٦٩٢ كتاب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٥٢) ٧: ٣٠٤ كتاب البيوع، بيع المدبر. ولفظهما: ((ابدأ بنفسك...)).

(٣) في هـ: لا.

وأما كونه يقدم بيع الحيوان على ما بعده ؛ فلأنه معرض للإتلاف ويحتاج في بقائه إلى نفقة.

وأما كونه يقدم بيع الأثاث على العقار ؛ فلأنه يخاف عليه وتناله اليد.

وأما كونه يعطي المنادي أجرته من المال ؛ فلأن البيع حق عليه.

وقال المصنف في المغني وأبو الخطاب في الهداية وغيرهما: الأجرة في بيت المال ؛ لأنه من المصالح. فإن لم يكن فمن المال لما تقدم. فيحتمل أن المصنف هنا قصد بقوله: أنه من المال ذلك. وإنما لم يذكر من بيت المال بناء على التعذر من بيت المال ؛ لأنه يومئذ لا يصرف منه شيء في مثل ذلك. ويحتمل أن يكون في المسألة وجهان ذكر أحدهما هنا وفي المغني الآخر.

ويشترط أن يكون المنادي ثقة فإن اتفق المفلس والغرماء على ثقة أمضاه الحاكم لوجود الشرط فيه، وإن اتفقوا على غير ثقة رده.

فإن قيل: لم يرده وأصحاب الحق قد رضوا به، وهلا كان ذلك مثل الراهن والمرتهن إذا اتفقا على غير ثقة؟

قيل: لأن للحاكم هنا نظراً واجتهاداً فإنه قد يظهر غريم آخر فيتعلق حقه به بخلاف الرهن فإنه لا نظر للحاكم فيه.

فإن اختار المفلس والغرماء آخر قدم المتطوع منهما ؛ لأنه أوفر، وإن كانا متطوعان ضم أحدهما إلى الآخر وإلا قدم أوثقهما وأعرفهما.

قال: **(ويُبدأ بالمجني عليه فيدفع إليه الأقل من الأرش أو ثمن الجاني. ثم بمن له رهن فيخص بثمنه. فإن فضل له فضل ضرب به مع الغرماء. وإن فضل منه فضل رد على المال[1]. ثم بمن له عينُ مالٍ يأخذها. ثم يقسم الباقي بين باقي**

(١) في هـ: رد على الجاني.

الغرماء على قدر ديونهم. فإن كان فيهم من له دين مؤجل لم يحلّ. وعنه: أنه يحلّ فيشاركهم).

أما كون الحاكم يبدأ بالمجني عليه؛ فلأنه حقه متعلق بالعين يفوت بفواتها. بخلاف بقية الغرماء.

وأما كونه يدفع الأقل مما ذكر إليه؛ فلأن الأقل إن كان الأرش فهو لا يَستحق إلا أرش الجناية، وإن كان ثمن الجاني فهو لا يستحق غيره؛ لأن حقه متعلق بعينه.

فعلى هذا إذا فضل شيء من ثمن الجاني عن أرش الجناية قسم على بقية الغرماء.

وأما كونه يبدأ بعد ذلك بمن له رهن فيقدمه على بقية الغرماء ويخصصه بثمن الرهن؛ فلأن المرتهن لم يرض بمجرد الذمة بخلاف بقية الغرماء.

فعلى هذا إن فضل للمرتهن فضل ضرب بما بقي له مع الغرماء لأنه ساواهم في ذلك، وإن فضل من الرهن فضل رد على المال؛ لأنه انفك من الرهن بالوفاء فصار كسائر أموال المفلس.

وأما كونه يبدأ بعد ذلك بمن له عين مال يأخذها؛ فلما تقدم من قوله عليه السلام: «منْ أدركَ متاعَهُ بعينهِ عندَ إنسانٍ قدْ أفلسَ فهوَ أحقُّ به»[1].

وأما كونه يقسم الباقي على باقي الغرماء؛ فلتساوي حقوقهم في تعلقها بذمة المفلس.

وأما كون القسمة على قدر ديونهم؛ فلأن فيه تسوية بينهم ومراعاة لكمية حقوقهم.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

وأما كون من له دين مؤجل لا يحلّ بالفلس على المذهب ؛ فلأن التأخير حق للمفلس فلا يبطل بإفلاسه كسائر حقوقه.

ولأنه لا يوجب حلول ما له فلا يوجب حلول ما عليه ؛ كالجنون والإغماء.

ولأنه دين مؤجل على حي فلا يحل بالفلس كغيره.

وأما كونه يحل على روايةٍ ؛ فلأن الإفلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الأجل كالموت .

والأول أصح لما ذكر . والقياس على الموت مردود بالمنع . ثم بتقدير تسليمه الفرق بينهما أن ذمة الميت خربت وبطلت بخلاف المفلس.

وقال المصنف في المغني: قال القاضي: لا يحل الدين بالفلس رواية واحدة.

قال: **(ومن مات وعليه دين مؤجل لم يحلّ إذا وثق الورثة . وعنه : يحلّ).**

أما كون من مات وعليه دين مؤجل لا يحل إذا وثق الورثة على المذهب فلما ذكر في الفلس.

وأما كونه يحل على روايةٍ ؛ فلأنه لا يخلو : إما أن يبقى في ذمة الميت ، أو الورثة ، أو متعلقاً بالمال . والأول لا يجوز لخراب الذمة بالموت ، وكذا الثاني لأن صاحب الدين لم يرض بذمة الورثة لا سيما إذا كانت مختلفة متباينة ، وكذا الثالث لأن في تعليق الدين بالمال مع كونه مؤجلاً ضرراً بالميت وصاحب الدين والورثة : أما ضرر الميت فلبقاء ذمته مرتهَنة قال النبي ﷺ: «الميتُ مُرتهَنٌ بدينهِ حتى يُقضَى عنه»[1].

وأما ضرر صاحب الدين ؛ فلأنه يتأخر دينه وقد تتلف العين فتسقط بالكلية.

وأما ضرر الورثة فظاهر لأنهم لا يتمكنون من الانتفاع بالأعيان .

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٧٣ كتاب الضمان، باب وجوب الحق بالضمان. ولفظه: «... إنه ليس من ميت يموت وعليه دين إلا و هو مرتهن بدينه... ».

والأول أصح؛ لما ذكر.

ولأن التأجيل حق للميت فلا يسقط بالموت لقوله عليه السلام: «من ترك حقاً فلورثته»[1]، وكسائر حقوقه.

وأما قول المصنف رحمه الله: لم يحل إذا وثق الورثة ففيه إشعار بحلوله إذا لم يوثقوا وهو صحيح صرح به في المغني وعلله بأن عدم الحلول يفضي إلى إسقاط دينه بالكلية.

قال: **(وإن ظهر غريم بعد قسم ماله رجع على الغرماء بقسطه. وإن بقيت على المفلس بقية وله صنعة فهل يجبر على إيجار نفسه لقضائها؟ على روايتين)**.

أما كون الغريم الذي ظهر بعد القسمة يرجع على بقية الغرماء بقسط حقه؛ فلأنه لو كان حاضراً قاسمهم فإذا ظهر بعد ذلك قاسمهم كالغريم للميت يظهر بعد قسمة تركته.

وأما كون المفلس يجبر على إيجار نفسه لقضاء دينه على روايةٍ فـ «لأن النبي ﷺ باع سُرَّقاً في دَينه»[2]، والحر لا يباع فعلم أنه باع منافعه.

ولأن المنافع تجري مجرى الأعيان في صحة العقد عليها وتحريم أخذ الزكاة فكذا هاهنا.

ولأن الإجارة عقد معاوضة فجاز إجباره عليها كبيع ماله.

وأما كونه لا يجبر على روايةٍ؛ فلأنه معسر فيدخل في قوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٥٠) ٦: ٢٤٧٦ كتاب الفرائض، باب قول النبي ﷺ: «من ترك مالاً فلأهله».
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٩) ٣: ١٢٣٧ كتاب الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته.

(٢) أخرجه الحاكم في مستدركه (٧٠٦٢) ٤: ١١٤ كتاب الأحكام. قال: هذا حديث صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه. قال في التلخيص: كذا قال، وعبدالرحمن بن البيلماني لين، ولم يحتج به البخاري.

ولأن النبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها: «خُذوا ما وَجدتمْ وليسَ لكمْ إلا ذلك»[1] رواه مسلم.

ولأن ذلك تكسب فلا يجبر عليه كما لا يجبر على قبول الهبة والصدقة.

والأولى أصح لحديث سُرَّق.

فإن قيل: حديث سُرَّق منسوخ؛ لأن الحر لا يباع الآن، والبيع ثَمَّ وقع على رقبته. بدليل أن في الحديث أن غرماءه قالوا لمشتريه: «ما تصنع به؟ قال: أعتقه. قالوا: لسنا بأزهد منك في إعتاقه فأعتقوه»[2].

قيل: هذا إثبات نسخ بالاحتمال. فلا يجوز. وذلك أنه لم يثبت أن بيع الحر كان جائزاً في شريعتنا في وقت. وحَمْلُ لفظ بيعه على بيع منافعه أسهل من حمله على النسخ وأحسن.

وقول المشتري: أعتقه. يعني به من حقي عليه. ولذلك أعتقه غرماؤه أي أسقطوا دينهم عليه.

وأما قوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠] فمحمول على من لا صنعة له جمعاً بينه وبين الحديث المتقدم، وكذا الذي أصيب في الثمار.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٦) ٣: ١١٩١ كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٤٦٩) ٣: ٢٧٦ كتاب البيوع، باب في وضع الجائحة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٦٥٥) ٣: ٤٤ كتاب الزكاة، باب ما جاء من تحل له الصدقة من الغارمين وغيرهم.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٧٨) ٧: ٣١٢ كتاب البيوع، الرجل يبتاع البيع فيفلس ويوجد المتاع بعينه.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٥٦) ٢: ٧٨٩ كتاب الأحكام، باب تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه.

(٢) هو تكملة لحديث سُرَّق السابق ص: ٣٢٠. ولفظه: «... قال: فجعل الناس يسومونه بي ويلتفت إليهم فيقول: ماذا تريدون؟ فيقولون: نريد أن نفديه منك. فقال: والله إني منكم أحق وأحوج إلى الله عز وجل اذهب فقد أعتقتك».

قال: **(ولا ينفك عنه الحجر إلا بحكم حاكم. فإذا انفك عنه الحجر فلزمته ديون وحجر عليه شارك غرماءُ الحجر الأول غرماءَ الحجر الثاني. وإن كان للمفلس حق له به شاهد فأبى أن يحلف معه لم يكن لغرمائه أن يحلفوا).**

أما كون المفلس لا ينفك عنه الحجر إلا بحكم حاكم؛ فلأنه ثبت بحكمه فلا ينفك إلا بحكمه كالمحجور عليه لسفه.

وأما كون غرماء الحجر الأول يشاركون غرماء الحجر الثاني إذا فك عنه الحجر ثم حجر عليه ثانياً؛ فلأنهم تساووا في ثبوت حقوقهم في ذمته فوجب أن يتساووا في المشاركة كغرماء الميت.

وأما كون غرماء المفلس [لا يحلفون][1] إذا كان للمفلس حق له به شاهد فأبى أن يحلف معه؛ فلأنهم يثبتون ملكاً لغيرهم ليتعلق به حقوقهم بعد ثبوته فلم يجز؛ كما لم يجز للمزوجة أن تحلف لإثبات ملك لزوجها ليتعلق به نفقتها.

(١) ساقط من هـ.

فصل [الحكم الرابع]

قال المصنف رحمه الله: (**الحكم الرابع: انقطاع المطالبة عن المفلس، فمن أقرضه شيئاً أو باعه لم يملك مطالبته حتى يفك الحجر عنه**).

أما كون المفلس تنقطع المطالبة عنه بالحجر عليه؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠] لأن ﴿فنظرة﴾ خبر بمعنى الأمر، والتقدير: أنظروه إلى يساره.

ولأن النبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في الثمار: «خُذوا ما وَجدتمْ وليسَ لكمْ إلا ذلك»[1] رواه مسلم.

وأما كون من أقرضه شيئاً بعد فلسه أو باعه لا يملك مطالبته حتى يفك الحجر عنه؛ فلما تقدم.

ولأنه هو الذي أتلف ماله بمعاملته من لا شيء له.

(١) سبق تخريجه ص: ٣٢١.

فصل [في المحجور عليه لحظه]

قال المصنف رحمه الله: (**الضرب الثاني: المحجور عليه لِحَظِّه وهو الصبي والمجنون والسفيه، فلا يصح تصرفهم قبل الإذن. ومن دفع إليهم ماله ببيع أو قرض رجع فيه ما كان باقياً، وإن تلف فهو من ضمان مالكه علم بالحجر أو لم يعلم. وإن جنوا فعليهم أرش الجناية**).

أما كون الحجر هنا لِحَظِّ المحجور عليه؛ فلأن مصلحته تعود عليه بخلاف المفلس فإن الحجر عليه لمصلحة غريمه.

وأما قول المصنف رحمه الله: وهو الصبي والمجنون والسفيه فبيان للمحجور عليه لحظه.

وأما كون الصبي يحجر عليه؛ فلأن الله تعالى لما قال: ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء:٦] دل بمفهومه على أنه لا يسلم إليهم قبل الرشد.

وأما كون المجنون يحجر عليه؛ فلأنه إذا حجر على الصبي مع أن له عقلاً؛ فلأن يحجر على المجنون الذي لا عقل له بطريق الأولى.

وأما كون السفيه يحجر عليه؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم... الآية﴾ [النساء:٥].

وأما كون من ذكر لا يصح تصرفهم قبل الإذن؛ فلأن المفلس إذا لم يصح تصرفه لكونه محجوراً عليه؛ فلأن لا يصح تصرف هؤلاء بطريق الأولى.

وأما تصرفهم بالإذن فينظر فيه فإن كان من مجنون لم يصح لعدم عقله وتمييزه، وإن كان من صبي مميز أو سفيه ففيه خلاف تقدم ذكره في الفصل الثاني من كتاب البيع.

وأما كون من دفع إليهم ماله ببيع أو قرض أو نحوهما يرجع إن كان باقياً؛ فلأنه باق على ملكه لكون أحد العاقدين ليس أهلاً.

وأما كون ذلك من ضمان مالكه إن تلف؛ فلأنه تلف بتفريط من صاحبه وتسليطه[1] عليه.

وأما كون الحكم كما ذكر عَلِم المالك بالحجر أو لم يعلم؛ فلأنه مفرّط في الحالين: أما مع علمه بالحجر عليه فظاهر، وأما مع عدم علمه؛ فلأنه عامل من لا يعرفه.

ولأن الظاهر العلم بحال من حُجر عليه فحيث لم يعلم ذلك يكون ذلك منسوباً إلى تقصيره.

وأما كون أرش الجناية على من ذكر إذا جنوا؛ فلأن الإتلاف يستوي فيه الأهل وغيره. دليله إتلاف المال.

قال: **(ومتى عقل المجنون وبلغ الصبي ورشدا انفك الحجر عنهما بغير حكم حاكم ودفع إليهما مالهما. ولا ينفك قبل ذلك بحال).**

أما كون المجنون ينفك الحجر عنه إذا عقل ورشد فبالاتفاق لأنه حجر عليه لجنونه فإذا زال وجب زوال الحجر لزوال علته.

---

(١) في هـ: وتسليط.

وأما كون الصبي ينفك الحجر عنه إذا بلغ ورشد؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء:٦] أمر بدفع أموالهم إليهم بعد البلوغ وإيناس الرشد.

وأما كون الحجر عليهم ينفك عنهما بغير حكم حاكم: أما في المجنون فبالاتفاق.

قال صاحب المغني فيه: لا خلاف في أن المجنون يدفع إليه ماله إذا زال جنونه وهو رشيد.

وأما في الصبي؛ فلأن اشتراط ذلك فيما ذكر زيادة على قوله: ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا... الآية﴾ [النساء:٦].

ولأنه حجر عليه بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه كالحجر على المجنون.

وأما كونه يُدفع مالهما إليهما إذا انفك الحجر عنهما؛ فلأن المانع من الدفع الحجر وقد زال.

وأما كونه لا ينفك الحجر عنهما قبل زوال ما ذكر: أما في المجنون؛ فلأن الحجر عليه لجنونه فما دام كذلك يجب ثبوته عليه عملاً بالعلة.

وأما في الصبي؛ فلأن الله تعالى علق الدفع على شرطين، والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونهما.

قال: (**والبلوغ يحصل بالاحتلام أو بلوغ خمس عشرة**[1] **سنة أو نبات الشعر الخشن حول القبل، وتزيد الجارية بالحيض والحمل. والرشد الصلاح في المال**).

(١) في هـ: خمسة عشر.

أما كون البلوغ يحصل بالاحتلام فلقوله تعالى: ﴿وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا﴾ [النور:٥٩]. وقول النبي ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم»[١] رواه الترمذي. وقال: حديث حسن.

وقوله لمعاذ في الجزية: «خُذْ منْ كلِّ حَالِمٍ دِيناراً»[٢] رواه أبو داود.

وأما كونه يحصل بخمس عشرة سنة فلما روى ابن عمر قال: «عُرضتُ على رسول الله ﷺ يوم بدرٍ وأنا ابن ثلاثَ عشرة سنة فَردّني، وعُرضت عليه وأنا ابن أربع عشرة سنة فردني ولم يَرَني بَلغتُ، وعُرضتُ عليه عامَ الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني. فأخبر بها عمر بن عبدالعزيز فكتب إلى عماله أن لا يفرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة سنة»[٣] رواه الشافعي في مسنده قريباً من هذا المعنى.

وروي عن أنس أن النبي ﷺ قال: «إذا استكملَ المولودُ خمس عشرة سنة كُتب ما له وما عليه وأخذتْ منه الحدود».

وأما كونه يحصل بالإنبات فـ «لأن النبي ﷺ لما حكّم سعد بن معاذ في بني قريظة حكم بأن تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم، وأمرَ بأن يكشفَ عن مؤتزَرِهم فمن أنبتَ فهو من المقاتلة ومن لم ينبتْ فهو من الذريّة. فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال: لقد حكمَ بحكمِ الله من فوقِ سبعةِ أرقعة»[٤].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٠٣) ٤: ١٤١ كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٢٣) ٤: ٣٢ كتاب الحدود، باب ماجاء فيمن لا يجب عليه الحد.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٣٨) ٣: ١٦٧ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في أخذ الجزية.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٦٢٣) ٣: ٢٠ كتاب الزكاة، باب ما جاء في زكاة البقر.
قال الترمذي: حديث حسن.
وأخرجه النسائي في سننه (٢٤٥٢) ٥: ٢٦ كتاب الزكاة، باب زكاة البقر.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٢١) ٢: ٩٤٨ كتاب الشهادات، باب بلوغ الصبيان وشهادتهم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٨٦٨) ٣: ١٤٩٠ كتاب الإمارة، باب بيان سن البلوغ.
وأخرجه الشافعي في مسنده (٤٢١) ٢: ١٢٨ كتاب الجهاد.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٨٧٨) ٣: ١١٠٧ كتاب الجهاد، باب إذا نزل العدو على حكم رجل. مختصر.

وروي عن عطية القرظي قال: «عُرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة فشكوا فيَّ فأمر أن ينظر إليَّ هل أنبت بعد فنظروا إليَّ فلم يجدوني أنبت بعد فخلوا عني وألحقوني بالذرية»[1] متفق على معناه.

ولأن الإنبات خارج يلازمه البلوغ غالباً ويستوي فيه الذكر والأنثى فكان بلوغاً كالاحتلام.

وأما كون الجارية تزيده بالحيض والحمل؛ فلأن كل واحد منهما معنى لا يوجد في غيرها.

وأما كون البلوغ يحصل بهما: أما بالحيض؛ فلأن النبي ﷺ قال: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار»[2] رواه أبو داود والترمذي.

وأما بالحمل؛ فلأن الله تعالى أجرى العادة أن المرأة لا تحمل إلا بعد أن تحيض.

ولأن الله تعالى أخبر أن الولد يخلق من ماء الرجل وماء المرأة بقوله تعالى: ﴿فلينظر الإنسان مم خلق ۞ خلق من ماء دافق ۞ يخرج من بين الصلب والترائب﴾ [الطارق: ٥-٦-٧].

⇨

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٦٨) ٣: ١٣٨٨ كتاب الجهاد والسير، باب جواز قتال من نقض العهد... مختصر.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٠٤) ٤: ١٤١ كتاب الحدود، باب في الغلام يصيب الحد.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٥٨٤) ٤: ١٤٥ كتاب السير، باب ما جاء في النزول على الحكم. ولم أره عند الشيخين.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٣٧٧) ٢: ٢١٥ أبواب الصلاة، باب ما جاء لا تقبل صلاة المرأة إلا بخمار.
وأخرجه أبو داود في سننه (٦٤١) ١: ١٧١ كتاب الصلاة، باب المرأة تصلي بغير خمار.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٦٥٥) ١: ٢١٥ كتاب الطهارة وسننها، باب إذا حاضت الجارية لم تصل إلا بخمار.
قال الترمذي: حديث حسن والعمل عليه عند أهل العلم. وقال الحاكم في مستدركه: حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه.

وأخبر النبي ﷺ بذلك في أحاديث غير واحدة[1].

وأما كون الرشد الصلاح في المال فـ «لأن ابن عباس قال في تفسير قوله تعالى: ﴿فإن ءانستم منهم رشداً﴾ [النساء:٦] أي صلاحاً في أموالهم»[2].

ولأن هذا مصلح لماله فكان رشيداً كالعدل.

ولأن الحجر إنما هو في المال فالمؤثر فيه يجب أن يكون ما أثر في تضييعه أو حفظه.

قال: **(ولا يدفع إليه ماله حتى يختبر فإن كان من أولاد التجار فبأن يتكرر منه البيع والشراء فلا يغبن، وإن كان من أولاد الرؤساء والكتّاب فبأن يستوفي على وكيله فيما وكله فيه. والجارية بشرائها القطن واستجادته ودفعها الأجرة إلى الغزالات والاستيفاء عليهن. وأن يحفظ ما في يده عن صرفه فيما لا فائدة فيه كالقمار والغناء وشراء المحرمات ونحوه).**

أما كون الصبي لا يدفع إليه ماله قبل اختباره؛ فلأن الله تعالى علق الدفع على الاختبار والبلوغ وإيناس الرشد بقوله: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن ءانستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء:٦] أي اختبروهم ونظيره قوله تعالى: ﴿ليبلوكم أيكم أحسن عملاً﴾ [الملك:٢].

وأما صفة الاختبار فتختلف باختلاف الأشخاص كما بين المصنف رحمه الله لأن العرف يقتضي ذلك فوجب أن يختلف باختلاف أحواله كالحِرْز والقبض.

---

(١) منها ما رواه أنس «أن عبدالله بن سلام بلغه مقدم النبي ﷺ المدينة فأتاه يسأله عن أشياء فقال: إني سائلك عن ثلاث لا يعلمهن إلا نبي ما أول أشراط الساعة؟ وما أول طعام يأكله أهل الجنة؟ وما بال الولد ينزع إلى أبيه أو إلى أمه؟ قال أخبرني به جبريل آنفاً قال ابن سلام: ذاك عدو اليهود من الملائكة. قال: أما أول أشراط الساعة فنار تحشرهم من المشرق إلى المغرب. وأما أول طعام يأكله أهل الجنة فزيادة كبد الحوت. وأما الولد فإذا سبق ماء الرجل ماء المرأة نزع الولد، وإذا سبق ماء المرأة ماء الرجل نزعت الولد ...». أخرجه البخاري في صحيحه (٣٧٢٣) ٣: ١٤٣٣ كتاب فضائل الصحابة، باب كيف آخى النبي ﷺ بين أصحابه.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٥٩ كتاب الحجر، باب الرشد هو الصلاح في الدين وإصلاح المال.

وأما قوله: أن يحفظ ما في يده عن صرفه فيما لا فائدة فيه فتنبيه على أنه يضم إلى ما ذكر حفظ ما في يده عن الأمور المذكورة لأن من صرف ماله فيما ذكر يعد مبذراً سفيهاً عرفاً فكذا شرعاً.

ولأن الشخص قد يحكم بسفهه بصرف ماله في المباح فَلأن يحكم بسفهه بصرف ماله في المحرمات بطريق الأولى.

وتحرير ما ذكره المصنف أن الاختبار يحصل بأمرين:

أحدهما: عدم الغبن فيما هو متصرف فيه.

والثاني: عدم صرف ما في يده فيما يفضي إلى ضياعه.

قال: **(وعنه: لا يدفع إلى الجارية مالها بعد رشدها حتى تتزوج وتلد أو تقيم في بيت الزوج سنة. ووقت الاختبار قبل البلوغ. وعنه: بعده).**

أما كون الجارية لا يدفع إليها مالها حتى يوجد ما ذكره المصنف على روايةٍ فلما روي عن شريح أنه قال: «عهد إليّ عمر بن الخطاب أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولاً أو تلد ولداً». رواه سعيد في سننه. ولم يعرف له مخالف فكان إجماعاً.

والأول أصح؛ لأنها كالرجل لدخولها في عموم الاية.

ولأنها مكلفة فوجب أن يدفع إليها مالها إذا أنس منها الرشد كالرجل وكالتي دخل بها زوجها وولدت أو أقامت سنة. وحديث عمر إن صح فلم يعلم انتشاره في الصحابة فلم يترك به عموم الكتاب والقياس.

وأما كون وقت الاختبار قبل البلوغ على المذهب؛ لقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح﴾ [النساء:٦].

ولأن تأخير الاختبار إلى البلوغ مؤد إلى الحجر على البالغ الرشيد؛ لأنه إلى أن يختبر يمنع من ماله.

وأما كونه بعده على روايةٍ ؛ فلأنه قبله ليس أهلاً للتصرف ؛ لأنه لم يوجد البلوغ الذي هو مظنة العقل فكان عقله بمنزلة المعدوم.

فصل [في أحكام الولي]

قال المصنف رحمه الله: **(ولا تثبت الولاية على الصبي والمجنون إلا للأب ثم لوصيه ثم للحاكم).**

أما كون الولاية لا تثبت على من ذكر لغير الثلاثة من الأب والوصي والحاكم؛ فلأنه لا يوجد فيه كمال الشفقة ولا هو نائب لمن كملت شفقته ولا له ولاية عامة.

ولأن غير الثلاثة إما جد أو غير جد، وغير الجد لا ولاية له وفاقاً إذا لم يكن وصياً ولا حاكماً والجد مسلوب الصفات الثلاثة فوجب أن يساوي غيره من غير الثلاثة.

وأما كون الولاية تثبت للأب؛ فلأنه كامل الشفقة لأنه يؤثر مصلحة ولده على مصلحة نفسه غالباً بخلاف غيره.

وأما كونها تثبت للوصي؛ فلأنه نائبه.

وأما كونها تثبت للحاكم؛ فلأنه ولي[1] من لا ولي له. وقد نبّه الشرع على هذا في النكاح حيث قال: «فإن اشتجروا فالسلطان وليّ من لا وليّ له»[2].

---

(١) في هـ زيادة: به.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٨٣) ٢: ٢٢٩ كتاب النكاح، باب في الولي.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٠٢) ٣: ٤٠٧ كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي. قال الترمذي: حديث حسن.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٧٩) ١: ٦٠٥ كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي.

وأما كون الأب مقدماً على وصيه والحاكم فلما ذكر من كمال شفقته ولهذا يجوز له أن يشتري لنفسه من مال ابنه وبالعكس بخلاف غيره.

ولأن الوصي نائبه والمنيب مقدم على النائب فإذا قدم على الوصي -والوصي مقدم على الحاكم لما يأتي- فلأن يقدم على الحاكم بطريق الأولى.

وأما كون الوصي مقدم على الحاكم؛ فلأن الحاكم إنما يلي لعدم الولاية عليه والوصي منزل منزلة الموصي.

قال: **(ولا يجوز لوليهما أن يتصرف في مالهما إلا على وجهِ الحظ لهما. فإن تبرع أو حابا أو زاد على النفقة عليهما أو على من تلزمهما مؤونته بالمعروف ضمن)**.

أما كون ولي الصبي والمجنون لا يجوز لهما التصرف في مالهما إلا على وجهِ الحظ: أما ولي الصبي؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ [الإسراء: ٣٤].

وأما ولي المجنون؛ فلأنه في معناه.

وأما كون وليهما يضمن ما تبرع به من مالهما أو حابا أو زاد على النفقة عليهما أو على من تلزمهما مؤنته بالمعروف؛ فلأنه منسوب في ذلك إلى التفريط والتقصير.

ولأنه لم يقْرَبْ مال موليه بالتي هي أحسن فيكون عاصياً لارتكابه النهي فيجب عليه الضمان كالغاصب لذلك.

قال: **(ولا يجوز أن يشتري من مالهما شيئاً لنفسه ولا يبيعهما إلا الأب)**.

أما كون الولي غير الأب لا يجوز له أن يشتري من مال موليه شيئاً لنفسه؛ فلأن النبي ﷺ قال: «لا يشتر الوصي من مال اليتيم»[1]. فيثبت فيه للنص، ويقاس عليه الحاكم.

ولأن كل واحد من الوصي والحاكم متهم في ذلك.

وأما كونه لا يجوز له أن يبيعه؛ فلأنه كالشراء معنى فيكون كذلك حكماً.

وأما كون ذلك يجوز للأب؛ فلأن كمال شفقته تمنعه من الحيف على ولده ولم يوجد فيه المقتضى للمنع في غيره.

قال: **(ولوليهما مكاتبة رقيقهما وعتقه على مال وتزويج إمائهما والسفر بمالهما والمضاربة به والربح كله لليتيم، وله دفعه مضاربة بجزء من الربح وبيعه نسأ وقرضه برهن وشراء العقار لهما وبناؤه بما جرت عادة أهل بلده به إذا رأى المصلحة في ذلك كله)**.

أما كون ولي الصبي والمجنون له مكاتبة رقيقهما وعتقه على مال؛ فلأن للولي أن يبيع بذلك؛ فلأن يجوز له المكاتبة والعتق بطريق الأولى لأن فيه تحصيلاً لمصلحتي الدنيا والآخرة بخلاف البيع.

وأما كونه له تزويج إمائهما؛ فلأن فيه إعفافهن وتحصينهن عن الزنا ووجوب نفقتهن على أزواجهن.

وأما كونه له السفر بمالهما؛ فلأنه سبب للربح وقد نبه الشرع على تحصيله بقوله عليه السلام: «اتجروا في أموال اليتامى»[2].

---

(١) لم أقف عليه هكذا. وقد أخرج البيهقي في السنن الكبرى عن صلة بن زفر قال: «كنت جالساً عند ابن مسعود. فجاء رجل من همدان على فرس أبلق. فقال: يا أبا عبدالرحمن! أشتري هذا؟ قال: ما له؟ قال: إن صاحبه أوصى إلي. قال: لا تشتره، ولا تستقرض من ماله». ٦: ٣ كتاب البيوع، باب: لا يشتري من ماله لنفسه إذا كان وصيا.

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط ١: ل ٢٥٠. عن أنس.

⇦

وأما كونه له المضاربة به فلما ذكر.

وأما كون الربح كله لليتيم؛ فلأن العامل إنما يستحق بالشرط ولا شرط.

ولأنه لا يصح أن يشرط لنفسه للتهمة.

وأما كونه له دفعه مضاربة بجزء من الربح؛ فلأن في ذلك نفعاً لليتيم لما فيه من استنماء ماله. وعن عائشة رضي الله عنها «أنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر».

وأما كونه له بيعه نسأ؛ فلأن الأجل يأخذ قسطاً من الثمن فيكون في بيعه كذلك زيادة لثمنه وذلك مصلحة لليتيم.

وأما كونه له قرضه برهن؛ فلأنه أجود له من إيداعه لما فيه من تعريضه للتلف وغيره.

وقول المصنف رحمه الله: برهن يقتضي أنه لا يجوز بغير رهن لأنه قد لا يأمن عوده لفلس المقترض ونحوه[1].

وقال المصنف رحمه الله في المغني: ظاهر كلام أحمد جوازه لأنه إنما يجوز لمليء يأمن جحوده فينتفي ما ذكر قبل.

وأما كونه له شراء العقار؛ فلأن ذلك مصلحة لموليه لأنه يحصل منه المغل ويبقى الأصل.

ولأنه إذا جازت المضاربة بمالهما مع احتمال الغرر؛ فلأن يجوز شراء العقار مع أن أصله محفوظ بطريق الأولى.

وأما كونه له بناء العقار؛ فلأنه في معنى الشراء.

⇨

وأخرجه مالك في الموطأ موقوفاً على عمر (١٢) ١: ٢١٥ كتاب الزكاة، باب زكاة أموال اليتامى والتجارة لهم فيها.

(١) في ج: لفلس المرتهن المقترض ونحوه.

وأما قول المصنف رحمه الله: بما جرت عادة أهل بلده به[1] فاختيار له. والذي ذكره الأصحاب أنه يبنيه بالآجر والطين ولا يبنيه باللبن؛ لأنه إذا نقضه فسد بخلاف الآجر، ولا بالجص؛ لأنه يلتزق بالآجر فلا يتخلص منه.

قال المصنف في المغني: والذي أراه أن له بناؤه بما يرى الحظ فيه.

وليس كل الأماكن يبنى فيها[2] بالآجر ولا يُقْدَر فيها على الآجر الجيد، وإن وجد فبقيمة كثيرة جداً فمتى قيد البناء بما ذكر أفضى إلى فوات الحظ.

وأما قوله: إذا رأى المصلحة في ذلك كله فراجع إلى قوله: ولوليهما مكاتبة رقيقهما ... إلى آخره؛ لأن المصلحة إذا انتفت في شيء من ذلك لم يكن قربا بالتي هي أحسن وقد نهي عنه.

قال: **(وله شراء الأضحية لليتيم الموسر. نص عليه. وتركه في المكتب وأداء الأجرة عنه)**.

أما كون الولي له شراء الأضحية لليتيم الموسر؛ فلأن فيه توسعة على اليتيم الموسر في يوم العيد وجبراً لقلبه. وقد نبه الشرع على التوسعة في العيد بقوله: «أيام أكل وشرب وذكر لله عز وجل»[3] رواه مسلم.

وأما كونه له تركه في المكتب وأداء الأجرة عنه؛ فلأن ذلك من مصلحته فجرى مجرى نفقته لمأكوله ومشروبه.

قال: **(ولا يبيع عقارهما إلا لضرورة أو غبطة وهو أن يزاد في ثمنه الثلث فصاعداً)**.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: فيه.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١١٤١) ٢: ٨٠٠ كتاب الصيام، باب تحريم صوم أيام التشريق.

أما كون الولي لا يجوز له بيع عقار الصبي والمجنون لغير ضرورة أو غبطة؛ فلأنه لا مصلحة له فيه، والتصرف له مشروط بالمصلحة.

ولأن الولي مأمور بالشراء للحظ؛ فلا معنى للبيع.

وأما كونه يجوز له ذلك للضرورة كحاجتهما إلى نفقة أو كسوة أو قضاء دين؛ فلأن الضرورة لا بد من دفعها.

وأما كونه يجوز له ذلك للغبطة فلتضمنه المصلحة.

وأما مقدار الغبطة فقيّدها أبو الخطاب بالثلث لتكون المصلحة بيّنة، ووافقه المصنف هنا.

وقال في المغني: ليس في كلام أحمد تقييد، وقد تكون المصلحة في غير هذا مثل أن يكون في مكان لا ينتفع به أو يكون نفعه به قليلاً فيبـاع ويشترى في مكان ينتفع به، أو يكون في شراءه غبطة كثيرة ولا يمكنه ذلك إلا ببيع عقاره. وقد نص أحمد على بيع عقاره وأثاثه وآنيته ونحو ذلك[1] إذا كان فيه حظ فلا معنى لتقييده بالثلث.

قال: **(وإن وُصّي لأحدهما بمن يعتق عليه ولا تلزمه نفقته لإعسار الموصى له أو غير ذلك وجب على الولي قبول الوصية، وإلا لم يجز له قبولها).**

أما كون الولي يجب عليه قبول الوصية إذا لم يلزم المولى عليه نفقة الموصى به؛ فلأنه مصلحة محضة له، وعلى الولي أن يفعل ما فيه مصلحة موليه.

وأما كونه لا يجوز له القبول إذا لزمته النفقة؛ فلأن عليه فيه مضرة.

---

(١) في هـ: ويجوز ذلك.

فصل [فيمن عاود السفه]

قال المصنف رحمه الله: (**ومن فك[1] عنه الحجر فعاود السفه أعيد الحجر عليه ولا ينظر في ماله إلا الحاكم ولا ينفك إلا بحكمه. وقيل: ينفك بمجرد رشده. ويستحب إظهار الحجر عليه والإشهاد عليه لتجتنب معاملته**).

أما كون الحجر يعاد على من عاود السفه فلما روى عروة بن الزبير «أن عبدا لله بن جعفر ابتاعَ بَيعاً فأتى الزبير فقال: إني قد ابتعتُ بَيعاً وإن علياً يُريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر عليّ. فقال الزبير: أنا شريككَ في البيعِ فأتى علي عثمان. فقال: إن ابن جعفرَ قد ابتاعَ بيع كذا فاحجر عليه. فقال الزبير: أنا شَريكه. فقال عثمان: كيفَ أحجرُ على رجلٍ شريكهُ الزبير»[2] رواه الشافعي في مسنده.

وهذه قضية قد اشتهرت و لم تنكر فتكون إجماعاً.

ولأن السفه يقتضي الحجر لو قارنه فيقتضيه إذا طرأ كالجنون[3].

وأما كونه لا ينظر في ماله إلا الحاكم؛ فلأن علياً سأل عثمان الحجر على ابن جعفر ولو كان الحجر لغيره لسأل من له الحجر.

ولأن معرفة التبذير يحتاج إلى نظر لأن الغبن قد يكون تبذيراً وقد يكون غير تبذير فلم يكن بد من الحاكم كالحجر للفلس.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه الشافعي في مسنده (٥٥٦) ٢: ١٦٠ كتاب البيوع، باب في الربا.

(٣) في هـ: كالمجنون.

ولأنه حجر مختلف فيه . أشبه الحجر للفلس.

وأما كونه لا ينفك الحجر عنه إلا بحكم الحاكم على المذهب ؛ فلأنه حُجِر عليه بحكم الحاكم فلا ينفك إلا بحكمه.

وأما كونه ينفك عنه بمجرد رشده على قولٍ ؛ فلأن السفه سبب الحجر فوجب أن ينفك بزواله كما في حق الصبي والمجنون . وعزا المصنف في المغني هذا القول إلى أبي الخطاب ثم قال: والأول أولى لما ذكر.

ولأنه يحتاج إلى تأمل واجتهاد في معرفة رشده وزوال تبذيره . وفارق الصبي والمجنون من حيث إن الحجر عليهما ثبت بغير حكم الحاكم فينفك بغير حكمه.

وأما كونه يستحب إظهار الحجر عليه والإشهاد عليه فقد صرح المصنف رحمه الله بالعلة من اجتناب معاملته وذلك مطلوب لما فيه من أمن ضياع المال لأن الإظهار والإشهاد سبب إلى تحصيله.

قال: (**ويصح تزويجه بإذن وليه.**

وقال القاضي: يصح من غير إذنه . وهل يصح عتقه؟ على روايتين).

أما كونه يصح تزويج السفيه بإذن وليه ؛ فلأنه لا يأذن إلا بما فيه المصلحة.

ولأن حاجته تدعو إلى ذلك وليس مآله إلى التبذير.

وأما كونه لا يصح من غير إذنه على غير قول القاضي فكسائر تصرفاته.

وأما كونه يصح على قوله ؛ فلأن حاجته تدعو إليه ودفعها مطلوب شرعاً.

وأما كون عتقه يصح على روايةٍ ؛ فلأنه تصرف من مالك مكلف فصح كعتق الراهن والمفلس.

وأما كونه لا يصح على روايةٍ ؛ فلأنه إتلاف لماله . أشبه هبته.

قال: **(وإن أقر بحد أو قصاص أو نسب أو طلق زوجته أخذ به، وإن أقر بمال لم يلزمه في حال حجره، ويحتمل أن لا يلزمه مطلقاً).**

أما كون السفيه يؤخذ بما أقر به من حد أو قصاص أو نسب؛ فلأنه غير متهم في حق نفسه، والحجر إنما يتعلق بماله فوجب أن يقبل على نفسه لأن الحجر لا تعلق له به.

وأما كونه لا يلزمه ما أقر به من المال في حال حجره؛ فلأنه محجور عليه لِحَظِّه فلم يصح إقراره بالمال كالصبي، وإذا لم يصح إقراره انتفى اللزوم لتوقفه عليه.

ولأنا لو قبلنا إقراره في ماله سقط معنى الحجر عليه.

ولأنه ممنوع من التصرف فيه فلم يصح إقراره به كإقرار الراهن على الرهن.

وأما كونه يلزمه ذلك إذا فك الحجر عنه على الأول؛ فلأنه محجور عليه فلزمه ما أقر به في حال الحجر كالمفلس.

ولأنه مكلف أقر بما لا يلزمه في المال فلزمه بعد فك الحجر عنه كالعبد يقر بدين والراهن يقر على الرهن بجنايته ونحوها.

وأما كونه يحتمل أنه لا يلزمه ذلك؛ فلأن الحجر عليه لِحَظِّه فلم يصح إقراره ولم يلزمه شيء كالصبي.

ولأن ثبوت إقراره في ذمته لا يفيد الحجر معه إلا تأخير الضرر إلى أكمل حالتيه.

قال: **(وحكم تصرف وليه حكم تصرف ولي الصبي والمجنون).**

أما كون حكم تصرف ولي السفيه حكم تصرف ولي الصبي والمجنون؛ فلأن ولايته على السفيه لِحَظِّه. أشبه ولي الصبي والمجنون.

وأما مراد المصنف رحمه الله بذلك فهو أن ولي السفيه لا يتصرف في ماله إلا على وجهٍ الحظ له، وأنه إن تبرع أو حابا أو زاد على النفقة عليه أو على من تلزمه

نفقته بالمعروف ضمن، وأنه لا يشتري من ماله شيئاً لنفسه ولا يبيعه من ماله شيئاً، وأن له مكاتبة رقيقه، وعتقه على مال، وتزويج إمائه، والسفر بماله، والمضاربة به، ودفعه مضاربة بجزء من الربح، وبيعه نسأ، وقرضه برهن، وشراء العقار وبناءه بما جرت العادة به، وأنه لا يبيع عقاره إلا لضرورة أو غبطة، وأنه إذا وصى له بمن يعتق عليه من لا تلزمه نفقته لزمه قبولها، وإن كان ممن تلزمه لم يجز له القبول.

فصل

قال المصنف رحمه الله: **(وللولي أن يأكل من مال المولى عليه بقدر عمله إذا احتاج إليه، وهل يلزمه عوض ذلك إذا أيسر؟ على روايتين. وكذلك يخرج في الناظر في الوقف).**

أما كون الولي له أن يأكل من مال المولى عليه؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾ [النساء:٦].

وأما ما يشترط لذلك فأن يكون بقدر عمله، وأن يكون محتاجاً إليه: أما الأول؛ فلأنه إنما يستحق بعمله فلا يجوز أن يتعداه. وأما الثاني؛ فلأن الله شرطه في الأكل حيث قال: ﴿ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾ [النساء:٦] ثم أكد ذلك بأن قال: ﴿ومن كان غنياً فليستعفف﴾ [النساء:٦].

وقال صاحب المغني فيه ما معناه: أنه يأكل بقدر أقل الأمرين من أجرته وقدر كفايته لأنه يستحقه بالعمل والحاجة معاً فلم يجز أن يأخذ إلا ما وُجد فيه كلاهما.

وأما كونه إذا أيسر يلزمه العوض على روايةٍ؛ فلأنه استباحه بالحاجة من مال غيره فلزمه عوضه كمن اضطر إلى طعام غيره.

وأما كونه لا يلزمه ذلك على روايةٍ؛ فلأن الله أمر بالأكل ولم يذكر عوضاً له عن عمله فلم يلزمه عوضه كالأجير والمضارب.

وهذا الخلاف فيما عدا الأب.

قال المصنف في المغني: وإن كان أباً -يعني الولي- لم يلزمه عوضه رواية واحدة.

وأما كون الناظر في الوقف كالوصي في جواز الأخذ[1] من الوقف مع الشرطين المذكورين ولزوم العوض مع اليسار على الخلاف المذكور؛ فلأنه مثل الوصي معنى فكذا يجب أن يكون حكماً.

قال: **(ومتى زال الحجر فادعى على الولي تعدياً أو ما يوجب ضماناً فالقول قول الولي. وكذلك القول قوله في دفع المال إليه بعد رشده)**.

أما كون القول قول الولي إذا ادعى عليه المولى عليه[2] تعدياً أو ما يوجب ضماناً؛ فلأن الأصل عدم ذلك.

ولأنه أمينه فكان القول قوله في ذلك كالمودَع.

وأما كون القول قوله في دفع المال إليه بعد رشده؛ فلأنه دفعٌ ممن القول قوله في نفي التعدي فكذا يجب أن يكون في الدفع.

قال: **(وهل للزوج أن يحجر على امرأته [في التبرع][3] بما زاد على الثلث من مالها؟ على روايتين)**.

أما كون الزوج ليس له الحجر على امرأته في التبرع بما ذكر على روايةٍ؛ فلأن النبي ﷺ كان يقول: «يا معشرَ النساءِ! تصدقنَ ولوْ من حُليكن»[4]، وأنهن كن يتصدقن ويقبل منهن ذلك. ولم يسأل هل ذلك بإذن أزواجهن أم لا؟.

---

(١) في هـ: كالوصي في الأكل.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) ساقط من هـ.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (١٣٩٧) ٢: ٥٣٣ كتاب الزكاة، باب الزكاة على الزوج والأيتام في الحجر. وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٠٠) ٢: ٦٩٥ كتاب الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين...

ولأن من وجب دفع ماله إليه برشده جاز له التصرف في جميع ماله دليله الغلام.

ولأن المرأة من أهل التصرف ولا حق لزوجها في مالها فلم يكن له الحجر عليها في التصرف كالرجل ليس لامرأته الحجر عليه في ذلك.

وأما كونه له ذلك على روايةٍ فلما روي «أن امرأةَ كعبِ بن مالك أتت النبي ﷺ بحليٍ لها. فقال لها النبي ﷺ: لا يجوزُ للمرأةِ عطيةٌ حتى يأذنَ زوجها. فهل استأذنتِ كعباً؟ فقالت: نعم. فبعث إليه فسأله. فقال: نعم. فَقبلَه»[1] رواه ابن ماجة.

ولأن العادة جارية بِتَبَسُّطِ الزوج في مال الزوجة فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض.

والأول أصح؛ لما ذكر. والحديث الدال على الثانية لا يُعلم صحته وبتقدير صحته هو غير معمول به فيما دون الثلث، والتبسط في مال زوجها لا يوجب المنع؛ لأن المرأة تتبسط في مال زوجها وليس لها منعه من التصرف في ماله.

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٨٩) ٢: ٧٩٨ كتاب الهبات، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها. قال في الزوائد: في إسناده يحيى، وهو غير معروف في أولاد كعب. فالإسناد ضعيف.

فصل في الإذن

قال المصنف رحمه الله: **(يجوز لولي الصبي المميز أن يأذن له في التجارة في إحدى الروايتين. ويجوز ذلك لسيد العبد. ولا ينفك الحجر عنهما إلا فيما أُذن لهما فيه، وفي النوع الذي أُمرا به).**

أما كون ولي الصبي المميز يجوز له أن يأذن له في التجارة في روايةٍ؛ فلأنه لو لم يجز لم يكن طريق إلى معرفة رشده واختياره.

وأما كونه لا يجوز له ذلك في روايةٍ؛ فلأنه ليس بأهل للتصرف فلم يجز لوليه الإذن له في ذلك كما لا يجوز لولي المجنون أن يأذن له في ذلك.

وأما كونه يجوز ذلك لسيد العبد؛ فلأن الحجر على العبد لحق السيد فإذا أذن له جاز لزوال المانع.

وأما كونه لا ينفك الحجر عنهما إلا فيما أُذن لهما فيه، وفي النوع الذي أُمرا به؛ فلأن كل واحد منهما متصرف بالإذن من جهة آدمي فوجب أن يختص بما أُذن له فيه وأُمر به دون غيره؛ كالوكيل والمضارب.

قال: **(وإن أُذن له في جميع أنواع التجارة لم يجز له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لغيره. وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه؟ على وجهين. وإن رآه سيده أو وليه يتجر فلم ينهه لم يصر مأذوناً له فيه).**

أما كون العبد المأذون له في جميع أنواع التجارة لا يجوز له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لغيره؛ فلأن ذلك يشغله عن التجارة المقصودة بالإذن.

ولأن الإذن لم يتناول الرقبة وهذا تصرف في الرقبة.

وأما كونه له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه ففيه وجهان مبنيان على التوكل. وسيأتي مبنياً في موضعه إن شاء الله تعالى[1].

وأما كون كل واحد من العبد والصبي المأذون لهما لا يصير مأذوناً له إذا رأى[2] العبدَ سيدُه والصبيَّ وليُّه يتجر فلم ينهه؛ فلأنه تصرف يفتقر إلى الإذن فلا يكون السكوت عنه إذناً فيه كبيع مال الغير.

قال: **(وما استدان العبد فهو[3] في رقبته يفديه سيده أو يسلمه. وعنه: يتعلق بذمته يُتبع به بعد العتق. إلا المأذون له هل يتعلق برقبته أو ذمة سيده؟ على روايتين).**

أما كون استدانة العبد غير المأذون له في رقبته على روايةٍ فقياس على جنايته.

فعلى هذه يتخير السيد بين فدائه وبين تسليمه كما لو جنى.

وأما كونها تتعلق بذمته على روايةٍ؛ فلأن صاحب الحق رضي بتأخير حقه لأنه عامل من لا مال له. أشبه من عامل المعسر.

ولأنه لا سبيل إلى تعلقه بكسبه ولا برقبته لأن ذلك ماا، السيد و لم يبد منه ما يوجب أن يتعلق ذلك بماله.

فإن قيل: الجناية كذلك وقد تعلقت بماله.

قيل: الفرق بينها وبين ما ذكر أن الجناية لزمت من غير إذن المستحق بخلاف ما ذكر.

ولأن الجناية تثبت على خلاف القياس فلا يقاس عليها.

---

(١) ص: ٣٥٦.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) ساقط من هـ.

فعلى هذه يُتبع بالدين بعد عتقه.

وأما كون استدانة المأذون له تتعلق برقبته على روايةٍ ؛ فلأن دينها دين تعلق به بإذن سيده فوجب أن يتعلق برقبته كالرهن.

وأما كونها تتعلق بذمة السيده على روايةٍ ؛ فلأنه لما أذن له غر الناس بمعاملته وإذنه له فصار ضامناً كما لو قال لهم: داينوه، وكما لو أذن في مداينة تزيد على قيمة العبد.

قال: **(وإذا باع السيد عبده المأذون له[1] شيئاً لم يصح في أحد الوجهين، ويصح في الآخر إذا كان عليه دين بقدر قيمته)**.

أما كونه لا يصح بيع السيد عبده المأذون له شيئاً إذا لم يكن عليه دين بقدر قيمته ؛ فلأنه بيع ماله بماله.

وأما كونه لا يصح إذا كان عليه دين بقدر قيمته في وجه فلما ذكر.

وأما كونه يصح في وجه لأن الثمن الذي قبضه من العبد مستحق لأرباب الدين فكأنه غير مملوك للبائع.

قال: **(ويصح إقرار المأذون في قدر ما أُذن له فيه، وإن حُجر عليه وفي يده مال ثم أُذن له فأقر به صح)**.

أما كون إقرار المأذون له في قدر ما أُذن له فيه يصح ؛ فلأن مقتضى الإقرار الصحة. تُرك فيما لم يأذن له فيه سيده فوجب أن يبقى فيما عدا ذلك على مقتضاه.

وأما كون إقرار من حجر عليه وفي يده مال ثم أذن له فأقر به يصح ؛ فلما ذكر قبل.

ولأنه إقرار صدر من مأذون له . أشبه من لم يحجر عليه.

---

(١) ساقط من هـ.

قال: **(ولا يبطل الإذن بالإباق. ولا يصح تبرع المأذون له بهبة الدراهم وكسوة الثياب. ويجوز هديته للمأكول وإعارة دابته).**

أما كون الإذن لا يبطل بالإباق؛ فلأن الإباق لا يمنع ابتداء الإذن في التجارة فلم يمنع استدامة ذلك كما لو غصبه غاصب أو حُبس لدين عليه.

وأما كون تبرع المأذون له فيما ذكر لا يصح؛ فلأن الحجر عليه مستمر إلا فيما أُذن له، والتبرع بما ذكر غير مأذون له فيه.

وأما كونه تجوز هديته للمأكول وإعارة دابته؛ فـ «لأن النبي ﷺ كان يُجيبُ دعوةَ المملوك»[1].

ولأن العادة جارية بذلك فجاز كما يجوز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها.

قال: **(وهل لغير المأذون الصدقة من قوته بالرغيف إذا لم يضره به ونحوه؟ على روايتين. وهل للمرأة الصدقة من بيت زوجها بغير إذنه بنحو ذلك؟ على روايتين).**

أما كون غير المأذون له له الصدقة بالرغيف من قوته ونحوه إذا لم يضره به على المذهب؛ فلأن العادة جارية بمثله.

وأما كونه ليس له ذلك على روايةٍ؛ فلأنه تصرف في ملك سيده بغير إذنه فلم يجز كالكثير، أو كما لو أضر به.

وأما كون المرأة لها الصدقة من بيت زوجها بنحو ذلك بغير إذنه على المذهب؛ فلأن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «ما أنفقتِ المرأةُ

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٩٦) ٢: ٧٧٠ كتاب التجارات، باب ما للعبد أن يعطي ويتصدق.

من بيتِ زوجها غيرَ مُفْسِدَةٍ كانَ لها أجرها، وله مثلُه بما كَسَبَ، ولها بما أنفقتْ، وللخازنِ مثلُ ذلك من غير أن ينقصَ من أجورهمْ شيء»[1] ولم يذكر إذناً.

وعن أسماء «أنها جاءت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله! ليسَ لي شيء إلا ما أدخلَ عليّ الزبيرُ. فهلْ عليّ جناحٌ أن أَرْضَخَ مما يُدخلُ عليّ؟ قال: ارْضَخِي ولا تُوعِي فيُوعِيَ اللهُ عليكِ»[2] متفق عليهما.

ولأن العادة السماح بذلك وطيب النفس به فجرى مجرى صريح الإذن.

وأما كونها ليس لها ذلك على روايةٍ؛ فلما روى أبو أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تُنفقُ المرأةُ من بيتِها إلا بإذنِ زوجها. قيل: يا رسولَ الله! ولا الطعامَ؟ قال: ذلك أفضلُ أموالِنا»[3] رواه سعيد والترمذي. وقال: حديث حسن.

ولأنها تبرعت بمال غيرها فلم يجز كالصدقة بثيابه.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٣٥٩) ٢: ٥١٧ كتاب الزكاة، باب من أمر خادمه بالصدقة و لم يناول بنفسه.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٢٤) ٢: ٧١٠ كتاب الزكاة، باب أجر الخازن الأمين...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٥٠) ٢: ٩١٥ كتاب الهبة، باب هبة المرأة لغير زوجها ...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٢٩) ٢: ٧١٤ كتاب الزكاة، باب الحث في الإنفاق وكراهة الإحصاء.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٦٥) ٣: ٢٩٦ كتاب البيوع، باب في تضمين العارية.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١٢٠) ٤: ٤٣١ كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٩٥) ٢: ٧٧٠ كتاب التجارات، باب ماللمرأة من مال زوجها.

باب الوكالة

الوكالة جائزة بالكتاب والسنة والإجماع والمعنى: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها﴾ [التوبة: ٦٠]، وقوله تعالى: ﴿فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه﴾ [الكهف: ١٩].

وأما السنة فما روي عن عروة بن الجعد قال: «عرض للنبي ﷺ جلب. فأعطاني ديناراً. فقال: يا عروة! ائتِ الجلبَ فاشترِ لنا شاةً. قال: فأتيتُ الجلبَ فساومتُ فشريتُ شاتين... الحديث»[1] رواه أبو داود وابن ماجة.

وعن جابر: «أتيت رسول الله ﷺ فقلت له: إني أردتُ الخروجَ إلى خيبر. فقال: ائتِ وكيلي فخذْ منه خمسةَ عشر وَسْقاً. فإن ابتغَى منكَ آيةً فضعْ يدكَ على تَرْقُوَتِه»[2] رواه أبو داود.

وروي «أنه عليه السلام وكّل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم[3] حبيبة»[4]. و«أبا رافع في قبول نكاح ميمونة»[5].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٤) ٣: ٢٥٦ كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٥٨) ٣: ٥٥٩ كتاب البيوع.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٠٢) ٢: ٨٠٣ كتاب الصدقات، باب الأمين يتجر فيه فيربح.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٦٣٢) ٣: ٣١٤ كتاب الأقضية، باب في الوكالة.

(٣) ساقط من هـ.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٣٩ كتاب النكاح، باب الوكالة في النكاح.

(٥) أخرجه الترمذي في جامعه (٨٤١) ٣: ٢٠٠ كتاب الحج، باب ما جاء في كراهية تزويج المحرم.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٧٢٤٠) ٦: ٣٩٣.

وأما الإجماع فأجمعت الأمة في الجملة على جواز الوكالة.

وأما المعنى؛ فلأن الحاجة داعية إليها فإنه لا يمكن كل واحد فعل كل ما يحتاج إليه.

قال المصنف رحمه الله: **(تصح الوكالة بكل قول يدل على الإذن، وكل قول أو فعل يدل على القبول).**

أما كون الوكالة تصح بالقول المذكور؛ فلأنها عقد شرعي لها قول فصحت به كسائر العقود.

والقول على ضربين:

أحدهما: صريح كقول الموكِّل للوكيل: وكّلتك فلا شبهة[1] في صحة الوكالة به لكونه صريحاً فيها.

وثانيهما: غير صريح. لكن فيه دلالة على الوكالة؛ كقوله: افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا. والوكالة به أيضاً صحيحة لأن النبي ﷺ وكّل عروة بن الجعد بقوله: «اشتر لنا شاة»[2]، والإذن في معناه.

ولأنه لفظ دال على الإذن فجرى مجرى قوله: وكّلتك.

وأما كون قبول الوكيل يصح بالقول المذكور كقوله: قبلت وما في معنى ذلك مما يدل عليه؛ فلأنه قبول. أشبه القبول في النكاح والبيع.

ولأنه يصح القبول بالفعل لما يأتي؛ فلأن يصح بالقول الدالّ عليه بطريق الأولى.

وأما كونه يصح بالفعل المذكور؛ فلأن وكلاء النبي ﷺ لم ينقل عنهم قبول سوى امتثال أمره.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٥٠.

ولأنه إذن في التصرف فصح القبول فيه بالفعل كأكل الطعام.

قال: **(ويصح القبول على الفور والتراخي بأن يوكله في بيع شيء فيبيعه بعد سنة أو يبلغه أنه وكله منذ شهر فيقول: قبلت)**.

أما كون القبول يصح على الفور فلا شبهة فيه لأن سائر العقود يصح قبولها على الفور فكذا هذا.

وأما كونه يصح على التراخي ؛ فلأن قبول وكلاء رسول الله ﷺ لوكالته كان بفعلهم وكان متراخياً على توكيله لهم.

ولأنه إذن له في التصرف ، والإذن قائم ما لم يرجع عليه.

وأما قول المصنف رحمه الله: بأن يوكله في بيع شيء فيبيعه ... إلى آخره فبيان للقبول على التراخي.

قال: **(ولا يجوز التوكيل والتوكل في شيء إلا ممن يصح تصرفه فيه)**.

أما كون التوكيل في شيء لا يجوز ممن لا يصح تصرفه فيه ؛ فلأن الموكّل إذا كان لا يصح تصرفه في شيء بنفسه فلأن لا يجوز له أن يوكل غيره بطريق الأولى.

وأما كون التوكل في شيء لا يجوز ممن لا يصح تصرفه فيه ؛ فلأن الوكيل إذا كان قاصراً عن التصرف لنفسه ، فلأن يكون قاصراً عن التصرف بالإذن الذي هو أضعف منه بطريق الأولى.

وأما كون التوكيل والتوكل في شيء يجوز ممن يصح تصرفه فيه ؛ فلأن كل واحد منهما يملك التصرف بنفسه . فجاز أن يستنيب غيره وأن ينوب عن غيره ؛ لانتفاء المفسد المتقدم ذكره.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا: أن كل من صح تصرفه في شيء بنفسه جاز أن يوكل فيه وأن يتوكل. واستثنى من التوكل في المغني الفاسق فإنه يصح أن

يقبل النكاح بنفسه ولا يصح أن يقبله لغيره. وحكاه عن القاضي ثم قال: وكلام أبي الخطاب يقتضي جواز ذلك وهو القياس.

قال: **(ويجوز التوكيل في كل حق آدمي من العقود والفسوخ والعتق والطلاق والرجعة وتملك المباحات من الصيد والحشيش ونحوه إلا الظهار واللعان والأيمان، ويجوز أن يوكل من يقبل له النكاح ومن يزوج وَلِيَّتَه إذا كان الوكيل ممن يصح منه ذلك لنفسه وَمَوْلِيَّته)**.

أما كون التوكيل يجوز في العقود؛ فـ «لأن النبي ﷺ وكّل عروة بن الجعد في الشراء»[1]، وسائر العقود في معناه.

وأما كونه يجوز في الفسوخ والعتق والطلاق؛ فلأنه إذا جاز التوكيل في الإنشاء؛ فلأن يجوز في الإزالة بطريق الأولى.

وأما كونه يجوز في الرجعة؛ فلأنه يجوز في النكاح فلأن يجوز في الرجعة بطريق الأولى.

وأما كونه يجوز في تملك المباحات؛ فلأنه نوع يملك. أشبه التوكيل في الشراء.

وأما كونه لا يجوز في الظهار واللعان والأيمان؛ فلأنها أيمان فلا تدخلها النيابة كالصلاة. ويدخل في الأيمان النذر؛ لأنه يمين، والقسامة كذلك.

وينبغي أن يستثنى من[2] جواز الوكالة في كل حق آدمي القسم بين الزوجات؛ لأنه يتعلق بنفس الزوج، والشهادة لأنها تتعلق بالشاهد. ذكرهما المصنف في المغني. ثم قال: ولا يصح في الالتقاط فإذا أمر بذلك فالتقط كان أحق به

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٥٠.

(٢) ساقط من هـ.

من الآمر، ولا في الاغتنام لأنه يستحق بالحضور، ولا في الرضاع لأنه يتعلق بالمرضع والمرتضع، ولا في الغصب لأنه محرم، ولا في الجنايات كذلك.

وأما كون توكيل من يقبل له النكاح يجوز؛ فـ «لأن النبي ﷺ وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة»[1] و «أبا رافع في قبول نكاح ميمونة»[2].

وأما كونه يجوز في تزويج وليته؛ فلأن الحاجة تدعو إليه فجاز كالقبول.

وأما قول المصنف رحمه الله: إذا كان الوكيل ممن يصح ذلك منه لنفسه ومولیته فاحتراز عن الصبي والمجنون وما أشبههما لأن توكيلهما لا يصح لما تقدم، وعن الفاسق؛ لأن توكيله في إيجاب النكاح لا يصح؛ لأنه لا يصح أن يتولى نكاح مولیته بنفسه لأنه لا ولاية لفاسق. وفيه إشعار بأن الفاسق يصح أن يكون وكيلاً في القبول. وقد تقدم الكلام فيه والخلاف[3].

قال: **(ويصح في كل حق لله تدخله النيابة من العبادات والحدود في إثباتها واستيفائها، ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكّل وغيبته إلا القصاص وحد القذف عند[4] بعض أصحابنا لا يجوز في غيبته).**

أما كون التوكيل في العبادات التي تدخلها النيابة كالزكوات والنذورات والكفارات ونحو ذلك يصح؛ فـ «لأن النبي ﷺ بعث أناساً لقبض الصدقات

(١) سبق تخريجه ص: ٣٥٠.
(٢) سبق تخريجه ص: ٣٥٠.
(٣) ص: ٣٥٤.
(٤) في هـ: وعند.

وتفريقها ». وقال في حديث معاذ حين بعثه إلى اليمن: «أعلمهم أن الله قد فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم... مختصر »[1] متفق عليه.

فيثبت الحكم فيما ذكر لما ذكر، وفي[2] باقي الصور لأنه في معناه.

وأما كونه يصح في الحدود في إثباتها واستيفائها؛ فلأن النبي ﷺ قال: «واغدُ يا أُنيسُ إلى امرأةِ هذا فإن اعترفتْ فارجمْهَا »[3]. وكّله في الإثبات والاستيفاء.

وقال أبو الخطاب في الهداية: لا يجوز التوكيل في إثباتها لأنها تسقط بالشبهات. ونصر المصنف في المغني الأول للحديث.

ولأن الحاكم إذا استناب دخل في ذلك إثبات الحدود، وإذا دخل ذلك في التوكيل بطريق العموم؛ فلأن يدخل بطريق الخصوص بطريق الأولى.

وأما كون الاستيفاء يجوز في حضرة الموكل؛ فكسائر الحقوق.

وأما في غيبته فينظر فيه فإن كان ذلك في زنا وشبهه جاز؛ لأنه لا يحتمل العفو حتى يدرأ بالشبهة، وإن كان في قصاص أو حد قذف فالمذهب جوازه أيضاً؛ لأن ما جاز للوكيل استيفاؤه في حضرة الموكّل جاز في غيبته. دليله حد الزنا وسائر الحقوق.

وقال بعض الأصحاب: لا يجوز؛ لأنه يحتمل أن يعفو عنه حال غيبته فيسقط، وهذه شبهة تمنع من استيفائه.

ولأن العفو مندوب إليه فإذا حضر جاز أن يرحمه فيعفو عنه.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٩٣٧) ٦: ٢٦٨٥ كتاب التوحيد، باب ما جاء في دعاء النبي ﷺ أمته إلى توحيد الله.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩) ١: ٥٠ كتاب الإيمان، باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام.

(٢) في هـ: في.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٩٠) ٢: ٨١٣ كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩٧) ٣: ١٣٢٥ كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى.

قال المصنف رحمه الله في المغني: ظاهر المذهب جواز الاستيفاء لما ذكر. وأجاب عن احتمال العفو بأن الأصل عدمه. وهو بعيد فلا يؤثر. ألا ترى أن قُضاة رسول الله ﷺ كانوا يحكمون في البلاد بالحدود مع احتمال النسخ.

قال: (**ولا يجوز للوكيل التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه إلا بإذن الموكِّل. وعنه: يجوز. وكذلك الوصي والحاكم. ويجوز توكيله فيما لا يتولى مثله بنفسه [أو يعجز عنه لكثرته**).

أما كون الوكيل لا يجوز له التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه][1] إذا لم يأذن الموكل له في ذلك على المذهب؛ فلأنه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمّنه إذنه له لكونه يتولى مثله.

وأما كونه يجوز[2] له ذلك على روايةٍ؛ فلأنه وكيله فملك ذلك كما لو وكله فيما لا يتولى مثله.

قال المصنف في المغني: والأول أولى؛ لما ذكر.

ولأنه استئمان فلم يكن له أن يوليه غيره مع إمكان فعله بنفسه كالوديعة.

وأما كونه يجوز له ذلك فيما لا يتولى مثله بنفسه لكونه دنيئاً والوكيل شريفاً لا يليق به أن يباشر ذلك، وفيما يعجز عنه لكثرته رواية واحدة؛ فلأن حال الوكيل وكثرة الموكل فيه قرينة صارفة للوكالة إلى ذلك.

وظاهر كلام المصنف جواز التوكيل في الكل إذا كان كثيراً لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل فجاز في كله كما لو أذن في التوكيل بلفظه.

وقال القاضي: وعندي أنه يوكل فيما زاد على ما يتمكن من فعله؛ لأن التوكيل إنما جاز للكثرة فاختص بذلك بخلاف التوكيل بالإذن.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في و: لا يجوز.

وأما كونه يجوز له التوكيل إذا أذن له الموكل فيه رواية واحدة ؛ فلأنه عقد أذن له فيه فكان له ذلك عملاً بالإذن.

فإن قيل: فإن نهاه عن ذلك؟

قيل: لا يجوز له التوكيل رواية واحدة عملاً بالنهي.

وأما كون حكم الوصي والحاكم حكم الوكيل؛ فلأن كل واحدٍ متصرف بالإذن . أشبه الوكيل.

وقال المصنف في المغني في باب الوكالة بعد ذكر الوكيل: قال أصحابنا: الحكم في الوصي يوكل فيما أوصي به إليه ، وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية هل له أن يستنيب غيره ؟ حكم الوكيل على التفصيل الذي ذكرناه سواء. ثم قال: إلا أن القاضي قال: المنصوص في روايةٍ مهنا جواز ذلك. وقال فيه أيضاً في باب المصراة بعد قوله: ويتجر الوصي بمال اليتيم : قال القاضي: يجوز للوصي أن يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه وما لا يتولى مثله بنفسه ، فأما الوكيل فهل له أن يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه على روايتين. والفرق بينهما : أن الوكيل يمكنه الاستئذان بخلاف الوصي . ثم قال: قال أبو بكر: في الوصي روايتان كالوكيل . فحاصل ذلك أن المصنف نقل في موضعٍ الفرق بين الوصي والوكيل ، وفي موضع آخر التسوية بينهما.

فعلى القول بالتسوية لم يحتج إلى ذكر الفرق ، وعلى القول بالفرق فقد نبه المصنف رحمه الله عليه فيما تقدم.

قال: **(ويجوز توكيل عبد غيره بإذن سيده ، ولا يجوز بغير إذنه . وإن وكله بإذنه في شراء نفسه من سيده فعلى وجهين)**.

أما كون عبد الغير يجوز توكيله بإذن سيده ؛ فلأن العبد ممنوع من التصرف لحق السيد فإذا أذن له جاز أن يوكل كالحر.

ولأن الوكالة نفع . فجازت بإذن السيد ؛ كالتجارة ونحوها.

وأما كونه لا يجوز بغير إذنه سيده؛ فلأن منافعه مملوكة فلا يجوز صرفها في شيء إلا بإذنه.

وأما كونه يجوز توكيله[1] بإذنه في شراء نفسه من سيده على وجهٍ؛ فلأنه لو وكله أن يشتري من مولاه عبداً غيره صح فكذا إذا وكله في شراء نفسه كالمرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز توكيلها في طلاق نفسها.

وأما كونه لا يجوز على وجهٍ؛ فلأن يد العبد كيد السيد بدليل أنه يحكم لماله الذي في يد عبده بما يحكم لماله الذي في يده فكأنه إذاً قد وكل السيد في الشراء من نفسه.

قال المصنف رحمه الله في المغني: هذا الوجه لا يصح لأنه لو وكّله في الشراء من نفسه جاز لأن الولي في النكاح يجوز أن يتولى طرفي العقد فكذا هاهنا.

قال: (**والوكالة عقد جائز من الطرفين لكل واحد منهما فسخها. وتبطل بالموت والجنون والحجر للسفه. وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة. ولا تبطل بالسكر والإغماء والتعدي. وهل تبطل بالردة وحرية عبده؟ على وجهين**).

أما كون الوكالة من العقود الجائزة من الطرفين؛ فلأنها من جهة الموكّل إذن، ومن جهة الوكيل بذل نفع، وكلاهما جائز: أما الأول فكما لو أذن في أكل طعامه، وأما الثاني؛ فلأنه في معناه.

وأما كون كل واحد من الموكّل والوكيل له فسخ الوكالة؛ فلأن ذلك شأن العقود الجائزة من الطرفين. وقد تقدم دليله.

---

(١) في هـ: توكله.

وأما كونها تبطل بالموت والجنون والحجر للسفه ؛ فلأن الوكيل يتصرف بطريق النيابة عن الموكِّل فإذا خرج الموكِّل عن أهلية التصرف بطلت نيابته.

ولأن الوكالة تعتمد الحياة والعقل وعدم الحجر فإذا انتفى ذلك انتفت صحة الوكالة لانتفاء ما تعتمد عليه.

وقول المصنف رحمه الله: والحجر للسفه مشعر بأن الحجر لغير السفه لا يبطل الوكالة.

وقال في المغني: وإذا حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها فإنه لم يخرج عن كونه أهلاً للتصرف ، وإن حجر على الموكِّل نظرت في الوكالة فإن كانت في أعيان ماله بطلت ؛ لانقطاع تصرفه فيها . وإن كانت في الخصومة ، أو في الشراء في الذمة ، أو الخلع ، أو الطلاق ، أو القصاص ، فالوكالة بحالها ؛ لأن الموكل أهل لذلك حينئذ.

وأما كون كل عقد جائز كالشركة والمضاربة ونحوهما كالوكالة فيما ذكر من البطلان وغيره ؛ فلأن الكل مشترك معنى فكذا يجب أن يكون حكماً.

وأما كونها لا تبطل بالسكر والإغماء ؛ فلأن من اتصف بذلك لا يخرج عن أهلية التصرف ولا يثبت عليه بذلك ولاية.

وأما كونها لا تبطل بالتعدي مثل أن يلبس الوكيل الثوب الموكل في بيعه ؛ فلأن تصرفه في البيع تصرف بإذن موكله . أشبه ما لو لم يتعد فيه.

ولأن الوكالة اقتضت الأمانة والإذن فإذا بطلت الأمانة بالتعدي كان الإذن في التصرف باقياً.

وأما كونها لا تبطل بالردة على وجهٍ فقال المصنف في المغني: فإن كانت من الوكيل فلا تبطل الوكالة ؛ لأن ردته لا تؤثر في تصرفه وإنما تؤثر في ماله ، وإن كانت من الموكل ففيها وجهان مبنيان على صحة تصرف المرتد في ماله : فإن قيل:

تصح فالوكالة بحالها، وإن قيل: لا تصح بطلت الوكالة؛ لأن النائب يحذو حذو المنيب.

وأما كونها لا تبطل بحرية عبده على وجهٍ؛ فلأن كل شيء لا يمنع ابتداء الوكالة لا يمنع استدامتها.

وأما كونها تبطل على وجهٍ؛ فلأن توكيل العبد استخدام بحق الملك فإذا زال الملك زال الاستخدام.

قال: **(وهل ينعزل الوكيل بالموت والعزل قبل علمه؟ على روايتين)**.

أما كون الوكيل ينعزل بموت الموكل قبل علمه على روايةٍ؛ فلأن العزل رفع عقد لا يفتقر إلى رضى صاحبه فلا يفتقر إلى علم الوكيل كالفسخ بعيب المبيع.

وأما كونه لا ينعزل على روايةٍ؛ فلأن ذلك رفع فلا يترتب عليه مقصوده قبل العلم به[1] كالفسخ.

وأما كونه ينعزل بالعزل ففيه الروايتان نقلاً ودليلاً.

وتقييد المصنف الخلاف المذكور في المسألتين بقبل العلم مشعر بانعزاله إذا علم رواية واحدة وهو صحيح أما إذا مات الموكّل؛ فلأن الوكيل يتصرف عنه بطريق النيابة وقد بطل ذلك في الأصل فكذا الفرع. وأما إذا عزله؛ فلأن تصرفه مستنداً إلى الإذن وقد زال بالعزل.

قال: **(وإذا وكل اثنين لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك إليه)**.

أما كون أحد الوكيلين لا يجوز له الانفراد بالتصرف إذا لم يجعل ذلك إليه؛ فلأن الموكل لم يرض بتصرف أحدهما منفرداً بدليل إضافة الغير إليه.

---

(١) ساقط من هـ.

وأما كونه يجوز له ذلك إذا جعل إليه ؛ فلأنه مأذون فيه . أشبه الوكيل الواحد.

قال: **(ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع لنفسه . وعنه : يجوز إذا زاد على مبلغ ثمنه في النداء أو وكل من يبيع وكان هو أحد المشترين . وهل يجوز أن يبيعه لولده أو والده[1] أو مكاتبه؟ على وجهين).**

أما كون الوكيل لا يجوز له أن يبيع لنفسه ما وُكِّل في بيعه على المذهب ؛ فلأن العرف في بيع الوكيل أن يبيع لغيره فحملت الوكالة عليه وصار كما لو قال: بعه لغيرك.

ولأن الوكيل تلحقه التهمة في البيع لنفسه ويتنافى الغرضان في البيع لنفسه ؛ لأن بيعه بالوكالة يقتضي الحرص على كثرة الثمن وبيعه لنفسه يقتضي أخذه رخيصاً.

وأما كونه يجوز له ذلك على روايةٍ إذا زاد على ما بُذل فيه أو وكل شخصاً في البيع ؛ لأنه إذا كان كذلك حصل غرض الموكل من الثمن فجاز كما لو باعه لأجنبي.

فإن قيل: كيف يوكل في البيع وليس للوكيل أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه على الصحيح؟

قيل: ذكر المصنف هذا الإشكال في المغني وأجاب عنه بأن التوكيل فيما لا يتولى مثله جائز والنداء مما لم تجر العادة أن يتولاه أكثر الوكلاء بنفوسهم . وفيه نظر ؛ لأن الوكيل إذا جاز له أن يعطي ما وكل فيه لمن ينادي عليه لما ذكر فالعقد لا بد له من عاقد ومثله يتولاه فلا يجوز أن يوكل فيه غيره . ويمكن التخلص من ورود هذا الإشكال بأن يجعل بدل التوكيل في البيع التوكيل في الشراء.

(١) في و : لوالده أو والده.

وأما كونه لا يجوز له أن يبيعه لولده أو والده[1] أو مكاتبه على وجهٍ؛ فلأنه متهم في حقهم وفي الميل إلى ترك الاستقصاء في الثمن عليهم . أشبه ما لو باعه لنفسه.

وأما كونه يجوز له ذلك على وجهٍ؛ فلأنهم غيره وقياسهم عليه لا يصح؛ لأن التهمة في حقهم أقل.

قال: **(ولا يجوز أن يبيع نسأ ولا بغير نقد البلد. ويحتمل أن يجوز كالمضارب).**

أما كون الوكيل لا يجوز أن يبيع مال موكله نسأ ولا بغير نقد البلد على المذهب؛ فلأن الموكل لو باع بنفسه وأطلق انصرف إلى الحالّ وإلى نقد البلد . فكذلك إذا وكل وجب أن تنصرف الوكالة إليهما وإذا انصرفت إليهما لم يملك الوكيل التصرف بغيرهما؛ لأن عقد الوكالة لم يقتضه.

وأما كونه يحتمل أن يجوز فبالقياس على المضارب، وفي جواز بيع المضارب بذلك روايتان يأتي ذكرهما ودليلهما في باب المضاربة[2].

وقال المصنف في المغني: يمكن الفرق بينهما من حيث إن المقصود في المضاربة الربح والربح في النسأ أكثر ولا يتعين في الوكالة ذلك[3] بل ربما كان المقصود تحصيل الثمن لدفع حاجته.

ولأن استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر النسأ عليه واستيفاء الثمن في الوكالة على الموكل فيعود ضرر الطلب عليه وهو لم يرض به.

---

(١) في و: لوالده أو والده.
(٢) ر ص: ٤١٠.
(٣) ساقط من هـ.

قال: **(وإن باع بدون ثمن المثل أو بأنقص مما قدّره له صح وضمن النقص. ويحتمل أن لا يصح).**

أما كون بيع الوكيل ما وكل في بيعه بدون ثمن المثل أو بأنقص مما قدّره له الموكل يصح على المذهب؛ فلأن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه. دليله المريض.

وأما كونه يضمن النقص؛ فلأن الاحتياط وطلب الحظ واجب عليه فيجب عليه تكملة ثمن مثله لأنه فوّته عليه.

وأما كونه يحتمل أن لا يصح؛ فلأن العرف يقيد الوكالة بثمن المثل فإذا باع بدونه لم يصح؛ لأنه غير مأذون فيه. أشبه بيع الأجنبي.

قال المصنف في المغني: وعن أحمد ما يدل على أن العقد باطل وهو الصحيح.

ومعناه والله أعلم أن ذلك هو الصحيح عنده لما ظهر له من الدليل؛ لأن الصحيح في المذهب أنه صحيح ويضمن النقص لما تقدم.

ولأن فيه جمعاً بين حظ المشتري بعدم الفسخ وبين حظ البائع بوجوب التضمين.

وأما الوكيل فلا يعتبر حظه؛ لأنه مفرط.

قال: **(وإن باع بأكثر منه صح سواء كانت الزيادة من جنس الثمن الذي أمره به أو لم تكن. وإن قال: بعه بدرهم فباعه بدينار صح في أحد الوجهين. وإن قال: بعه بألف نسأ فباعه بألف حالّة صح إن كان لا يستضر بحفظ الثمن في الحال).**

أما كون بيع الوكيل بأكثر [من ثمن المثل أو بأكثر][1] مما قدره الموكل له يصح ؛ فلأنه باع بالمأذون فيه وزاده خيراً.

وأما كون ذلك يصح سواء كانت الزيادة من جنس الثمن كمن وكل في البيع بمائة درهم ودرهم ، أو من غير جنسه كمن وكل في البيع بمائة درهم فباع بمائة درهم ودينار فلاشتراك الكل في زيادة الخير.

وأما كونه يصح إذا قال الموكل: بعه بدرهم فباعه الوكيل بدينار في وجه ؛ فلأنه مأذون فيه عرفاً لأن من رضي بدرهم يرضى بدينار بطريق الأولى.

وأما كونه لا يصح في وجه ؛ فلأنه خالف في الجنس المأذون فيه . أشبه ما لو باع بثياب كثيرة القيمة.

وأما كونه يصح إذا قال: بعه بألف نسأ فباعه بألف حالّة لا يستضر بحفظها في الحال ؛ فلأنه زاده خيراً.

وأما كونه لا يصح إذا كان يستضر بذلك ؛ فلأن حكم الإذن إنما يثبت في السكوت عنه لتضمنه المصلحة ، فإذا كان يتضرر به علم انتفاء المصلحة فتنتفي الصحة ، وحُكْمُ خوف التلف والتعدي عليه ونحوهما حكم الاستضرار بحفظه لاشتراك الكل في المعنى.

قال: **(وإن وكله في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل ، أو بأكثر مما قدره له ، أو وكله في بيع شيء فباع نصفه : لم يصح).**

أما كون الوكيل في الشراء إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل أو بأكثر مما قدره الموكِّل له لا يصح ؛ فلأنه فعل غير ما وكل فيه . أشبه من لم يوكله بالكلية.

---

(١) ساقط من هـ.

فإن قيل: قد تقدم أنه إذا وكله في البيع فلم يقدر الثمن أو قدره فباع بدون ثمن المثل أو بدون المقدر أنه يصح فهلا كان هذا مثله؟ أو كان البيع مثل هذا؛ وذلك أن[1] عقد الوكالة: إن لحظ فيه الإذن دون التقييد إما بالعرف أو النطق يصح نظراً إلى الإذن ينبغي أن يصح في الشراء لأنه مأذون فيه كالبيع، وإن لحظ الإذن والتقييد ينبغي أن لا يصح البيع لأن الإذن فيه مقيد؟

قيل: على اختيار المصنف في المغني لا إشكال لأنه صحح عدم صحة البيع فهو كالشراء، وعلى المذهب في الفَرْق عُسْرٌ.

وأما كونه لا يصح بيع الوكيل نصف الشيء الموكل في بيع كله؛ فلأن على الموكِّل ضرراً في بيع بعضه. أشبه ما لو وكله في شراء شيء فاشترى نصفه.

ولا بد أن يلحظ في بيع النصف المذكور أن لا يكون الوكيل باعه بثمن الكل فإن باعه بثمن الكل صح. ذكره المصنف في المغني لأنه مأذون فيه من جهة العرف. لأن من يرضى بمائة ثمناً للكل مثلاً يرضى بها ثمناً للنصف.

ولأنه حصل له المطلوب وأبقى له زيادة تنفعه.

ولذلك ألحقه بعض الأصحاب المأذون له في ذلك بالأصل.

ولا بد أن يلحظ في ذلك أن يكون في بيع البعض ضرر كالعبد الذي يتشقص ببيع بعضه فإن لم يكن فيه ضرر كالحنطة صح لأن العلة الضرر ولا ضرر هاهنا.

قال: **(وإن اشتراه بما قدر[2] له مؤجلاً، أو قال: اشتر لي شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي إحداهما ديناراً أو اشترى شاة تساوي ديناراً بأقل منه صح، وإلا لم يصح).**

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في و: قدره.

أما كون شراء الوكيل بما قدر الموكل له مؤجلاً يصح فلما ذكر من أنه زاده خيراً.

وأما كونه يصح شراءه شاتين تساوي إحداهما ديناراً بدينار إذا وكل في شراء شاة بذلك فلما روى عروة بن الجعد «أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً فقال: اشتر لنا شاة. قال: فأتيت الجلب فاشتريت شاتين بدينار. فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار. فأتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة. فقلت: يا رسول الله! هذا دينارك وهذه شاتك. قال: فحدثته الحديث. قال: اللهم! بارك له في صفقة يمينه»[1]. رواه البخاري بمعناه.

ولأنه حصل له المأذون فيه [وزيادة.

وأما كونه يصح شراء شاة تساوي ديناراً بأقل منه؛ فلأنه حصل المقصود وزيادة لأن ذلك مأذون فيه][2] عرفاً لأن من رضي بشراء شيء بدينار يرضى به بأقل منه.

وأما كونه لا يصح إذا كانت كل واحدة من الشاتين تساوي أقل من دينار؛ فلأن الحجة في الصحة ما تقدم من حديث عروة ولا يدل على هذا.

ولأنه لم يحصل المقصود فلم يقع البيع له لكونه غير مأذون فيه لفظاً ولا عرفاً.

وأما كونه لا يصح إذا كانت الشاة الموكل في شرائها بدينار تساوي أقل منه؛ فلأن ذلك غير موكل فيه لفظاً ولا عرفاً.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٤٤٣) ٣: ١٣٣٢ كتاب المناقب، باب سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ آية...

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٤) ٣: ٢٥٦ كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٥٨) ٣: ٥٥٩ كتاب البيوع، باب.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٠٢) ٢: ٨٠٣ كتاب الصدقات، باب الأمين يتجر فيه فيربح.

(٢) ساقط من هـ.

قال: **(وليس له شراء معيب ؛ فإن وجد بما اشترى عيباً فله الرد ، فإن قال البائع : موكلك قد رضي بالعيب فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه لا يعلم ذلك ، فإن رده فصدق الموكل البائع في الرضى بالعيب فهل يصح الرد ؟ على وجهين)**.

أما كون الوكيل ليس له شراء معيب ؛ فلأن الإطلاق يقتضي السلامة ، ولذلك ملك المشتري الرد في البيع إذا ظهر معيباً.

وأما كونه له الرد إذا وجد بما اشترى عيباً ؛ فلأنه قائم في الشراء مقام الموكِّل ، ولو وجد الموكل العيب ملك الرد . فكذلك من أقيم مقامه.

وأما كونه يُقبل قول الوكيل مع يمينه في أنه لا يعلم برضى موكله ؛ فلأنه منكر والقول قول المنكر مع يمينه.

فإن قيل: لم وجبت اليمين على الوكيل ، و لم كانت على نفي العلم؟

قيل: أما الأول ؛ فلأنه يجوز أن يعلم ذلك وذلك مسقط للرد، وأما الثاني ؛ فلأن اليمين على فعل الغير.

وأما كون الرد ما صح إذا صدق الموكل البائع في الرضى بالعيب على وجهٍ ؛ فلأن رضى الموكل بالعيب عزل للوكيل عن الرد ومنع له بدليل أن الوكيل لو علمه لم يكن له الرد.

وأما كونه يصح على وجهٍ ؛ فلأن عزل الوكيل لا يحصل إلا بعد علمه به على روايةٍ فيكون الرد حينئذ صادف ولاية.

قال: **(وإن وكله في شراء معين فاشتراه ووجده معيباً فهل له الرد قبل إعلام الموكِّل ؟ على وجهين)**.

أما كون الوكيل له الرد على وجهٍ ؛ فلأن الإذن يقتضي السلامة . أشبه ما لو وكله في شراء موصوف.

وأما كونه ليس له ذلك على وجهٍ؛ فلأن الموكَّل قطع نظره واجتهاده بالتعيين.

قال: **(وإن قال: اشتر لي بعين هذا الثمن فاشترى له في ذمته لم يلزم الموكّل، وإن قال اشتر لي في ذمتك وأنقد الثمن فاشترى بعينه صح)**.

أما كون الموكّل لا يلزمه ما اشتراه الوكيل في ذمته مع تعيين[1] الموكل الثمن؛ فلأنه إذا تعين الثمن فسخ العقد بتلفه فلم يلزمه ثمن في ذمته، وفي هذا غرض صحيح فلا تجوز مخالفته، ولا يلزم قبوله لعدم تناول أمره له لفظاً وعرفاً.

وأما كون شراء الوكيل بعين الثمن يصح إذا قال الموكل: اشتر لي في ذمتك وأنقد الثمن؛ فلأن الموكل أمره بعقدٍ يلزمه الألف مع بقاء الألف وتلفها، وقد عقد عقداً يلزمه الألف مع البقاء دون التلف.

قال المصنف في المغني: ويحتمل أن لا يصح لأنه قد يكون له غرض في الشراء في الذمة لكون المال فيه شبهه لا يحب أن يقع العقد به، أو يحب أن يقع العقد على وجهٍ لا ينفسخ بالتلف فلا يجوز مخالفة غرضه.

قال: **(فإن أمره ببيعه في سوق بثمن فباعه في سوق آخر صح. وإن قال: بعه لزيد فباعه من غيره لم يصح)**.

أما كون البيع يصح إذا قال: بعه في سوق كذا بكذا فباعه بذلك في آخر؛ فلأن الغرض البيع بما قدره له وقد حصل.

وأما كونه لا يصح إذا قال: بعه لزيد فباعه من غيره؛ فلأنه قد يقصد نفع زيد أو نفع المبيع بايصاله إليه فلا يجوز مخالفته.

---

(١) في هـ: تعين.

قال: (**وإن وكله في بيع شيء ملك تسليمه ولم يملك قبض ثمنه إلا بقرينة، فإن تعذر قبضه لم يلزم الوكيل شيء**).

أما كون الوكيل في بيع شيء يملك تسليمه ؛ فلأن العرف يقتضيه.

ولأنه من تمام العقد وحقوقه ولا يلحقه تهمة في تسليمه.

وأما كونه لا يملك قبض الثمن مع عدم القرينة ؛ فلأن اللفظ لا يتناوله ولا قرينة تدل عليه فلم يملكه كما لو لم يوكله.

ولأن الموكِّل قد يرضى للبيع من لا يرضاه للقبض.

وقال المصنف في المغني: ويحتمل أن يكون له قبض الثمن لأنه موجب عقد البيع.

وأما كونه يملك القبض مع القرينة ؛ فلأن القرينة تجري مجرى التصريح . فكذلك هاهنا.

وأما كونه لا يلزمه شيء إذا تعذر قبض الثمن ؛ فلأنه ليس بمفرط لكونه لا يملكه.

قال: (**وإن وكله في بيع فاسد أو كلِّ قليل وكثير لم يصح . وإن وكله في بيع ماله كله صح. وإن قال : اشتر لي ما شئت أو عبداً بما شئت لم يصح حتى يذكر النوع وقدر الثمن . وعنه : ما يدل على أنه يصح**).

أما كون التوكيل في البيع الفاسد لا يصح ؛ فلأن الله تعالى لم يأذن فيه فكان وجود التوكيل فيه كعدمه.

وأما كونه لا يصح في كل قليل وكثير ؛ فلأن فيه غرراً عظيماً وخطراً كبيراً وربما باع كل ماله المحتاج إليه وغيره فيتضرر به ويعظم ضرره.

وأما كونه يصح في بيع ماله كله ؛ فلأنه يعرف ماله فيقل الضرر.

وأما كونه إذا قال: اشتر لي ما شئت أو عبداً بما شئت و لم يذكر النوع وقدر الثمن لا يصح على المذهب؛ فلأن ما يمكن شراؤه ويمكن الشراء به يكثر فيكثر الغرر.

وأما كونه يصح على روايةٍ؛ فلأنه إذن في التصرف فجاز من غير تعيين؛ كالإذن في التجارة.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله اعتبار ذكر النوع وقدر الثمن جميعاً وهو قول أبي الخطاب.

وقال القاضي: يكفي ذكر النوع لأن الغرر يقل.

وأما كونه يصح إذا قال ذلك وذكر النوع وقدر الثمن فلا شبهة فيه لانتفاء الغرر المتقدم ذكره فيه.

قال: **(وإن وكله في الخصومة لم يكن وكيلاً في القبض، وإن وكله في القبض كان وكيلاً في الخصومة في أحد الوجهين)**.

أما كون الوكيل في الخصومة لا يكون وكيلاً في القبض؛ فلأن الإذن لم يتناوله نطقاً ولا عرفاً؛ إذ ليس في العرف أن من يرضاه للخصومة يرضاه للقبض. ومعنى الوكالة في الخصومة الوكالة في إثبات الحق.

وأما كون الوكيل في القبض وكيلاً في الخصومة في وجه؛ فلأنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالخصومة فكان مأذوناً فيها من جهة العرف.

ولأن القبض لا يتم إلا بها فملكها؛ كما لو وكله في شراء شيء فإنه يملك تسليم ثمنه، أو في بيع شيء فإنه يملك تسليمه.

وأما كونه لا يكون وكيلاً فيها في وجه؛ فلأنهما معنيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلاً في الآخر؛ كما لا يكون وكيلاً في القبض إذا وكل في الخصومة.

قال: **(وإن وكله في قبض الحق من إنسان لم يكون[1] له قبضه من وارثه، وإن قال: اقبض حقي الذي قِبَلَه فله القبض من وارثه، وإن قال: اقبضه اليوم لم يملك قبضه غداً).**

أما كون الوكيل في قبض الحق من إنسان لا يكون له قبضه من وارثه؛ فلأن الوكيل إنما يتصرف بالإذن فإذا لم يكن إذن وجب المنع من القبض لزوال صحة التصرف.

وأما كونه له القبض منه إذا قال: اقبض حقي الذي قِبَلَه؛ فلأن الوكالة تعم قبض حقه مطلقاً فتشمل القبض من الوارث لأنه من حقه.

وأما كونه لا يملك قبضه غداً إذا قال له: اقبضه اليوم؛ فلأنه ليس توكيل فيه لأن الوكالة مقيدة بزمان فإذا انقضى زالت الوكالة.

قال: **(وإن وكله في الإيداع فأودع ولم يشهد لم يضمن، وإن وكله في قضاء دين فقضاه ولم يشهد وأنكر الغريم ضمن إلا أن يقضيه بحضرة الموكّل).**

أما كون الوكيل في الإيداع لا يضمن إذا أودع ولم يشهد على المودع؛ فلأن القول قول المودَع في الرد والهلاك فلم يكن الوكيل مفرطاً في عدم الإشهاد.

وأما كون الوكيل في قضاء الدين يضمن إذا قضاه ولم يشهد وأنكر الغريم ولم يكن القضاء بحضرة الموكّل؛ فلأنه مفرط حيث لم يشهد.

ولأنه أذن له في قضاء دين مبرئ ولم يوجد.

وظاهر هذا أنه يضمن سواء صدقه الموكل أو كذبه، وصرح به المصنف في المغني ونسبه إلى القاضي؛ لما ذكر من التفريط.

---

(١) في هـ: لا يكن.

وأما كونه لا يضمن إذا قضاه بحضرة الموكِّل؛ فلأن التفريط من الموكِّل حيث لم يشهد ولم يأمره بالإشهاد.

فصل [في أحكام الوكالة]

قال المصنف رحمه الله: **(والوكيل أمين لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط . والقول قوله مع يمينه في الهلاك ونفي التفريط . ولو قال: بعتُ الثوب وقبضتُ الثمن فتلف فالقول قوله).**

أما كون الوكيل أميناً لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط ؛ فلأنه نائب المالك في اليد والتصرف فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك، فجرى مجرى المودِع والمضارب والشريك والوصي وشبههم. ومفهوم قوله: بغير تفريط وجوب الضمان إذا فرّط ؛ مثل: أن لا يحفظه في حرز مثله، وما أشبه ذلك. وصرح به في المغني لأنه مفرط فلزمه الضمان لتفريطه. ومثل التفريط التعدي فيما وكّله فيه ؛ مثل: أن يركب الدابة أو يلبس الثوب أو يطلب منه المال فيمتنع من دفعه لغير عذر لأن التعدي أبلغ من التفريط.

وأما كون القول قوله مع يمينه في الهلاك ونفي التفريط ؛ فلأنه أمين.

ولأن الأصل براءة ذمته مما يُدّعى عليه.

وأما كونه يُقبل قوله إذا قال: بعت الثوب وقبضت الثمن فتلف ؛ فلأنه أمين.

ولأنه يتعذر إقامة البينة على ذلك فلا[1] يكلفها كالمودَع.

ولأنه لو كلف إقامة البينة على ذلك لامتنع الناس من الدخول في الوكالة مع دعوى الحاجة إليها.

---

(١) ساقط من هـ.

وقال القاضي: إذا ادعى الهلاك بأمر ظاهر كالحريق والنهب وشبههما كلف إقامة البينة على ذلك، وقبل قوله في نفس التلف.

قال: **(وإن اختلفا في رده إلى الموكّل فالقول قوله إن كان متطوعاً، وإن كان بجعل فعلى وجهين. وكذلك يُخرَّج في الأجير والمرتهن).**

أما كون القول قول الوكيل بغير جُعْلٍ في الرد؛ فلأنه قبض المال لمنفعة [مالكه فقط فقبل قوله في الردّ؛ كالمودِع.

وأما كون الوكيل بجُعْلٍ لا يقبل قوله على وجهٍ؛ فلأنه قبض المال لمنفعة][1] نفسه. أشبه المستعير.

وأما كونه يقبل على وجهٍ؛ فلأنه لا منفعة له في العين المقبوضة لأن منفعته بالجعل دونها.

وأما كون الأجير والمرتهن يُخرَّج فيهما ما ذكر في الوكيل بجُعْل؛ فلاشتراك الكل في قبض العين لمنفعة القابض.

قال: **(وإن قال: أذنت لك في البيع[2] نسأ وفي الشراء بخمسة فأنكره فعلى وجهين).**

أما كون القول قول المالك في النسأ ومقدار الثمن على وجهٍ؛ فلأن القول قوله في أصل الوكالة. فكذلك في صفتها.

وأما كون القول قول الوكيل على وجهٍ؛ فلأنه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالخياط.

قال: **(وإن قال: وكلتني أن أتزوج لك فلانة ففعلتُ وصدقته المرأة فأنكره فالقول قول المنكر بغير يمين. وهل يلزم الوكيل نصف الصداق؟ على وجهين).**

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: أذنت لي البيع.

أما كون القول قول المدعى عليه الوكالة ؛ فلأنه منكرها والأصل معه.

وأما كون ذلك بغير يمين ؛ فلأن الوكيل بعد العقد يدعي حقاً لغيره لا لنفسه . ومقتضى هذا التعليل أن المرأة لو ادعته وجبت[1] اليمين . وصرح به المصنف في المغني ؛ لأنه يحتمل كونها صادقة فيستحلف لذلك.

وأما كون الوكيل يلزمه نصف الصداق على وجهٍ ؛ فلأن الوكيل ضامن للثمن في البيع وللبائع مطالبته به فكذا هاهنا.

وأما كونه لا يلزمه ؛ فلأن دعوى المرأة على الموكِّل دون الوكيل فلم يلزم الوكيل شيء لعدم الدعوى عليه.

قال: **(ويجوز التوكيل بجُعْلٍ وبغيره ؛ فلو قال: بع ثوبي بعشرة فما زاد فلك صح . نص عليه).**

أما كون التوكيل يجوز بجعل ؛ فـ «لأن النبي ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم على ذلك جعلاً».

ولأن تصرفه لغيره لا يلزمه فجاز أخذ العوض كرد الآبق.

وأما كونه يجوز بغير جعل ؛ فـ «لأن النبي ﷺ وكل أنيساً في إقامة الحد»[2] و «عروة في شراء شاةٍ و لم يجعل لهما شيئاً »[3].

وأما كونه يصح إذا قال: بع ثوبي بعشرة فما زاد فلك ؛ فلأن ابن عباس كان لا يرى بأساً بذلك.

ولأنه تصرف في ماله بإذنه فصح شرط الربح كالمضارب والعامل في المساقاة.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) سبق ذكره ص: ٣٥٥.

(٣) سبق ذكره ص: ٣٥٠.

فصل

قال المصنف رحمه الله: **(فإن كان عليه حقٌّ لإنسان فادعى رجل أنه وكيل صاحبه في قبضه فصدقه لم يلزمه الدفع إليه وإن كذبه لم يستحلف، فإن دفعه إليه فأنكر صاحب الحق الوكالة حلف ورجع على الدافع وحده، وإن كان المدفوع وديعة فوجدها أخذها وإن تلفت فله تضمين من شاء منهما ولا يرجع من ضمنه على الآخر)**.

أما كون المدعى عليه لا يلزمه الدفع مع التصديق؛ فلأن عليه فيه تبعة لجواز أن ينكر الموكِّل الوكالة فيستحق الرجوع عليه.

وأما كونه لا يستحلف مع التكذيب؛ فلأنه لا فائدة في استحلافه؛ إذ فائدة الاستحلاف الحكم عليه بالنكول ولو أقر لم يلزمه الدفع فكيف يقضى عليه بالنكول.

وأما كون صاحب الحق يحلف إذا أنكر الوكالة؛ فلأنه يحتمل صدق الوكيل في الوكالة.

ولأن صاحب الحق منكر للوكالة واليمين تجب على المنكر لقوله عليه السلام: «البينةُ على المدعِي واليمينُ على المنكر»[1].

وأما كون صاحب الحق يرجع على الدافع وحده إذا كان المدعي حقاً في الذمة؛ فلأن حقه في ذمته لم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيله.

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٥١) ٤: ٢١٧ كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، في المرأة تقتل إذا ارتدت.

وأما كونه يأخذ العين إذا كان المدفوع وديعة فوجدها ؛ فلأنها عين حقه.

وأما كونه له تضمين من شاء من الدافع والقابض ؛ فلأن الدافع ضمنها بالدفع والقابض قبض ما لا يستحقه.

وأما كون من ضمنه لا يرجع على الآخر ؛ فلأن كل واحد منهما يدعي أن ما يأخذه المالك ظلم، ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد والظلم لا يرجع به من[1] ظلم على غيره.

قال: **(وإن كان ادعى أن صاحب الحق أحاله به ففي وجوب الدفع إليه مع التصديق، واليمين مع الإنكار وجهان).**

أما كون الدفع لا يجب مع التصديق على وجهٍ ؛ فلأنه معترف أن الحق له لا لغيره . أشبه الوارث.

قال المصنف في المغني: الأول أشبه ؛ لأن العلة في جواز منع الوكيل كون الدافع لا يبرأ، وهي موجودة هاهنا، والعلة في وجوب الدفع إلى الوارث كونه مستحقاً والدافع إليه يبرأ وهذا متخلّف هاهنا فإلحاقه بالوكيل أولى.

وأما كون اليمين تجب مع الإنكار على وجهٍ ولا تجب على وجهٍ فمخرج على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق وعدم وجوبه.

قال: **(وإن ادعى أنه مات وأنا وارثه لزمه الدفع إليه مع التصديق، واليمين مع الإنكار).**

أما كون المدعى عليه ما ذكر يلزمه الدفع مع التصديق ؛ فلأنه مقر له بالحق فلزمه الدفع كما لو جاء صاحب الحق.

---

(١) في هـ: على من.

وأما كونه يلزمه اليمين مع الإنكار ؛ فلأن الدفع واجب، واليمين على نفي العلم ؛ لأنها على فعل الغير.

كتاب الشركة

[1] الشركة هي: الاجتماع في استحقاق أو تصرف.

وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء:١٢]، وقوله: ﴿وإن كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض﴾ [ص:٢٤]. والخلطاء هم الشركاء.

وأما السنة فما روي «أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين. فاشتريا فضة بنقد ونسيئة. فبلغ رسول الله ﷺ فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه، وما كان بنسيئة فردوه»[2] رواه البخاري بمعناه.

وما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا»[3].

وروي أنه كان يقول: «إن الله يقول: أنا ثالثُ الشريكين ما لم يخنْ أحدهما صاحبه، فإذا خانَ أحدهما صاحبهُ خَرجتُ من بينهما»[4] رواه أبو داود.

وأما الإجماع فأجمعت الأمة في الجملة على جواز الشركة.

قال المصنف رحمه الله: **(وهي على[5] خمسة أضرب:**

---

(١) ورد العنوان في هـ: باب الشركة.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٥٥) ٢: ٧٢٦ كتاب البيوع، باب التجارة في البر بمعناه.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٩) ٣: ١٢١٢ كتاب المساقاة، باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً بمعناه.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٨٢٠) ط إحياء التراث. واللفظ له.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (١٤٠) ٣: ٣٥ كتاب البيوع.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٣) ٣: ٢٥٦ كتاب البيوع، باب في الشركة.

(٥) ساقط من هـ.

أحدها: شركة العنان . وهي: أن يشترك اثنان بماليهما ليعملا فيه ببدنيهما وربحه لهما . فينفذ تصرف كل واحد منهما فيهما بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه).

أما كون الشركة على خمسة أضرب ؛ فلأنها شركة عنان ، ومضاربة ، ووجوه ، وأبدان ، ومفاوضة . وتلك خمسة.

وأما كون أحدها: شركة العنان فظاهر . وهي صحيحة بالإجماع . وسميت بذلك لأن الشريكين فيها متساويان في المال والتصرف ؛ كالفارسين إذا استويا[1] فرسيهما وتساويا في السير.

وقال الفراء: هي مشتقة من عَنّ الشيء إذا عرض . يقال عنّت لي حاجة إذا عرضت . فسميت الشركة بذلك لأن كل واحد منهما عَنّ له أن يشارك صاحبه.

وقيل: هي مشتقة من المعانة وهي المعارضة يقال: عاننت فلاناً إذا عارضته بمثل ماله أو فعاله . فكل واحد من الشريكين معارض بماله وفعاله.

وأما كون صفتها كما ذكر المصنف رحمه الله ؛ فلأنها تجمع مالاً وعملاً من كل جانب لأن المال لو كان من جانب والعمل من آخر لكانت مضاربة.

وأما كون الربح لهما ؛ فلأنه نماء ملكهما وعملهما .

وليس مراد المصنف رحمه الله التسوية في الربح بل الربح هاهنا على ما شرطاه . ويجوز متساوياً ومتفاضلاً لأن الربح يستحق بالمال تارة وبالعمل أخرى دليله المضارب فإنه يستحق جزءاً من الربح ولا مال له بل عمل ، والعمل قد يتفاوت فيجوز أن يتفاوت الربح لذلك.

---

(١) في و: سويا.

وأما كون تصرف كل واحد منهما ينفذ في نصيبه بالملك وفي نصيب شريكه بالوكالة أما الأول فظاهر، وأما الثاني؛ فلأنه متصرف بجهة الإذن وذلك معنى الوكالة.

قال: **(ولا تصح إلا بشرطين:**

أحدهما: أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير. وعنه: تصح بالعروض ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد. وهل تصح بالمغشوش والفلوس؟ على وجهين).

أما كون شركة العنان لا تصح إلا بشرطين فلما يأتي ذكره فيهما.

وأما كون أحد الشرطين: أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير على المذهب؛ فلأن الشركة بغير ذلك: إما أن تقع على الأعيان، أو على القيمة، أو على الثمن. والأول باطل لأن العقد يقتضي الرجوع عند المفاصلة برأس المال ولا مثل له فيرجع به، والثاني مثله لأن القيمة [قد تزيد بحيث يستوعب جميع الربح وقد تنقص بحيث يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح.

ولأن القيمة][1] غير متحققة المقدار فيفضي إلى التنازع.

والثالث مثله لأن الثمن معدوم حال العقد.

وأما كونها تصح بالعروض[2] على روايةٍ؛ فلأن مقصود الشركة أن يملك كل واحد منهما نصف مال الآخر وينفذ تصرفهما فيه، وهذا موجود في العروض فوجب أن يصح فيهما كالأثمان.

فعلى هذا يُقَوَّم وقت العقد وتجعل القيمة رأس المال ليتمكن العامل من رد رأس المال عند التفاصل.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.

والأول المذهب. قاله المصنف رحمه الله في المغني. وفيما تقدم تنبيه على الفرق بين الأثمان والعروض فلا يصح قياسها عليه.

وأما كون الشركة بالمغشوش والفلوس لا تصح على وجهٍ؛ فلأن المغشوش لا ينضبط غشه فلا يمكن رد مثله، والفلوس تزيد وتنقص قيمتها. أشبهت العروض.

وأما كونها تصح على وجهٍ؛ فلأن المغشوش يصير غشه كالمستهلك، والفلوس تشبه الثمن. ولهذا منع الإمام رضي الله عنه من السَّلَم فيها.

قال: **(والثاني: أن يشترطا لكل واحد جزءاً[1] من الربح مشاعاً معلوماً. فإن قالا: الربح بيننا فهو بينهما نصفين. فإن لم يذكرا الربح، أو شرطا لأحدهما جزءاً مجهولاً أو دراهم معلومة، أو ربح أحد الثوبين لم يصح. وكذلك الحكم في المساقاة والمزارعة).**

أما قول المصنف رحمه الله: والثاني أن يشترطا لكل واحد جزءاً من الربح فظاهره أن ذلك شرط لصحة الشركة. وقوله بعد ذلك: فإن لم يذكرا الربح أو شرطا لأحدهما جزءاً مجهولاً أو دراهم معلومة أو ربح أحد الثوبين لم يصح صريح فيه. ووجهه[2] أن عقد الشركة مبني على أن الربح مستحق لهما بحسب الاشتراط فلم يكن بد من ذكره؛ كالمضاربة.

فعلى هذا لو تشاركا ولم يذكرا الربح كانت الشركة باطلة لفوات شرطها.

وأما كونه يشترط كون الجزء مشاعاً؛ فلأنه لو عين له دراهم معلومة لاحتمل أن يربح غيرها فيأخذ جميع الربح، واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءاً، وقد يربح كثيراً فيستضر من شرطت له الدراهم.

وأما كونه يشترط كون الجزء معلوماً؛ فلأن الجهل به يفضي إلى التنازع.

---

(١) في هـ: جزء.

(٢) في هـ: ووجه.

وأما كون الربح بين الشريكين نصفين إذا قالا: الربح بيننا؛ [فلأن لفظ بيننا][1] لا رجحان فيه لأحد الشريكين على الآخر. ولهذا لو كانت دار في يد شخص فقال: هي بين زيد وعمرو[2] كانت لهما نصفين.

وأما كونه لا يصح إذا لم يذكرا الربح أو شرطاه غير مشاع أو مجهولاً؛ فلما تقدم من اشتراط ذلك كله.

وأما كون الحكم في المساقاة والمزارعة كالحكم في الشركة في اشتراط ذلك كله؛ فلاشتراك الكل في المعنى الموجب للاستواء حكماً. هذا تعليل[3] كلام المصنف. وفيما قاله نظر نقلاً ودليلاً: أما النقل فذكر المصنف في المغني كلاماً يتضمن صحة العقد إذا لم يذكرا الربح فقال جواباً عن قول الشافعي رحمه الله: الربح على قدر المال بدليل أنه يصح عقد الشركة وإطلاق الربح فلا يجوز تغييره بالشرط كالخسران: أما حالة الإطلاق فإنه لما لم يكن شرطٌ يُقَسَّم الربحُ عليه ويتقدر به قدرناه بالمال فإذا وجد الشرط فهو الأصل. وهذا يتضمن صحة العقد مع عدم الاشتراط من وجهين:

أحدهما: أنه لم يجبه بالمنع.

والثاني: أنه قسم الربح على قدر المال ولم يذكر الرجوع بأجرة العمل على وجه.

وقال في موضع آخر: والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة في معرفة ما لكل واحد منهما من الربح. ثم قال: إلا أنهما إذا أطلقا الربح اقتضى أن يكون

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: وعمر.

(٣) في هـ: التعليل.

بينهما على قدر المالين وشركة الوجوه على قدر ملكيهما في المشترى لأن لهما أصلاً يرجع إليه ويقدر الربح به بخلاف المضاربة.

وأما الدليل فما ذكره المصنف من أن رأس المال في الشركة يتقدر به الربح فلا يؤدي إلى المنازعة بخلاف المضاربة فإنه إذا لم يكن يذكر نصيب العامل من الربح أدى إلى جهالة ما يستحقه العامل من الربح؛ لأنه لا مال له يرجع في نصيبه إليه.

قال: **(ولا يشترط أن يخلطا المالين، ولا أن يكونا من جنس واحد).**

أما كون الشركة لا يشترط فيها أن يخلط الشريكان المالين؛ فلأنه[1] عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة، أو يقال: عقد على[2] التصرف فلم يكن من شرطه الخلط؛ كالوكالة.

وأما كونها لا يشترط فيها أن يكونا من جنس واحد؛ فلأنهما من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد.

فعلى هذا يصح أن يخرج الواحد دراهم والآخر دنانير وإذا أرادا القسمة أخذ صاحب الدراهم دراهمه وصاحب الدنانير دنانيره ثم يقتسمان ما فضل بشرطه.

قال: **(وما يشتريه كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما. وإن تلف أحد المالين فهو من ضمانهما. والوضيعة على قدر المال).**

أما كون ما يشتريه كل واحد من الشريكين بعد عقد الشركة بينهما؛ فلأنهما لو اشتريا ذلك بعد الاختلاط لكان الحكم كذلك فكذا إذا لم يختلطا.

وأما كون تلف أحد المالين من ضمانهما؛ فلأنه صار في حكم مالهما بعقد الشركة فوجب أن يكون من ضمانهما كالمختلط.

---

(١) في هـ: فلأنها.

(٢) في هـ: يفيد.

وأما كون الوضيعة على قدر المال؛ فلأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بالقدر فيكون النقص منه دون غيره.

فصل [في أحكام شركة العنان]

قال المصنف رحمه الله: (**ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع، ويشتري، ويَقبض، ويُقبض، ويطالب بالدين، ويخاصم فيه، ويحيل، ويحتال، ويرد بالعيب، ويقر به، ويقايل، ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتهما**).

أما كون كل واحد من الشريكين يجوز له البيع والشراء؛ فلأنه بالنسبة إلى شريكه وكيل، فَمَلكهما كالوكيل.

وأما كونه يجوز له القبض والإقباض؛ فلأنه مؤتمن في ذلك فَمَلكهما. بخلاف الوكيل في قبض الثمن لما تقدم[1] فإنه قد لا يأتمنه.

وأما كونه يجوز له المطالبة بالدين والمخاصمة فيه؛ فلأن من ملك قبض شيء ملك المطالبة به والمخاصمة فيه. دليله ما لو وكله في قبض دينه.

وأما كونه يجوز له الحوالة والاحتيال؛ فلأنهما عقد معاوضة وهو يملك المعاوضة.

وأما كونه يجوز له الرد بالعيب؛ فلأن الوكيل يرد به فالشريك بطريق الأولى.

وأما كونه يجوز له الإقرار بالعيب؛ فلأن الوكيل يُقبل إقراره على موكِّله بذلك. نص عليه لأنه تولى بيع السلعة فقبل إقراره بالعيب كمالكها.

وأما كونه يجوز له المقايلة؛ فلأنها قد يكون الحظ فيها. وظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا أنه يجوز له الإقالة مطلقاً.

---

(١) ص: ٣٦٩.

وقال في المغني: إن قلنا هي بيع ملكها؛ لأنه يملك البيع وإن قلنا هي فسخ لم يملكها لأن الفسخ ليس من التجارة. ثم قال: وقد ذكرنا أن الصحيح أنها فسخ فلا يملكها.

وأما كونه يجوز له فعل كل ما هو من مصلحة التجارة؛ فلأن ذلك عادة التجار، وقد أُذِن له في التجارة.

قال: (**وليس له أن يكاتب الرقيق، ولا يزوجه، ولا يعتقه بمال، ولا يهب، ولا يقرض، ولا يحابي، ولا يضارب بالمال، ولا يأخذ سفتجة، ولا يعطيها إلا بإذن شريكه**).

أما كون كل واحد من الشريكين ليس له فعل شيء مما ذكر إذا لم يأذن شريكه له؛ فلأن الشركة تنعقد على التجارة، وليست هذه الأشياء تجارة فلا يملكها.

وأما كونه له ذلك إذا أذن شريكه له؛ فلأنه يكون بمنزلة الوكيل.

قال: (**وهل له أن يودع، أو يبيع نسأ، أو يبضع، أو يوكل فيما يتولى مثله، أو يرهن، أو يرتهن؟ على وجهين**).

أما كون كل واحد من الشريكين له الإيداع والبيع نسأ والإبضاع على وجهٍ؛ فلأن ذلك عادة التجار.

وأما كونه ليس له ذلك على وجهٍ فلما في ذلك من الغرر.

وأما كونه له أن يوكل وكونه ليس له ذلك فمبني على توكيل الوكيل وقد تقدم[1].

(١) ص: ٣٥٦.

وقيل: يجوز هنا بخلاف الوكيل لأن وكيل الوكيل يستفيد مثل عقد موكله بخلاف وكيل الشريك فإنه لا يستفيد مثل عقد موكله بل يستفيد ما هو أخص منه.

وأما كونه له الرهن على ما عليهما والارتهان على مالهما في وجه؛ فلأن الرهن يراد للإيفاء وهو يملكه، [والارتهان يراد للاستيفاء وهو يملكه][1].

وأما كونه ليس له ذلك على وجهٍ؛ فلما فيه من الخطر.

قال: **(وليس له أن يستدين على الشركة. فإن فعل فهو عليه وربحه له إلا أن يأذن شريكه).**

أما كون الشريك ليس له أن يستدين على مال الشركة إذا لم يأذن شريكه في ذلك؛ فلأنه إذا استدان أدخل في الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه. فعلى هذا ربحه له وضمانه عليه؛ لأنه لم يقع للشركة فكان ربحه له وضمانه عليه كما لو لم ينوه للشركة.

وأما كونه له أن يستدين على الشركة إذا أذن له شريكه في ذلك؛ فلأنه مأذون له في ذلك. أشبه البيع والشراء.

فعلى هذا يكون ربحه لهما وضمانه عليهما كسائر أموال الشركة.

قال: **(وإن أخر حقه من الدين جاز. وإن تقاسما الدين في الذمة لم يصح في إحدى الروايتين.**

وإن أبرأ من الدين لزم في حقه دون صاحبه. وكذلك إن أقر بمال.

وقال القاضي: يقبل إقراره على مال الشركة).

أما كون الشريك يجوز له أن يؤخر حقه من الدين؛ فلأنه إسقاط لحقه من المطالبة فجاز أن ينفرد به كالإبراء.

---

(١) ساقط من هـ.

وأما كون الشريكين إذا تقاسما الدين في الذمة -وهو: أن يكون على جماعة دين فيتفق الشريكان على أن يكون لأحدهما ما على فلان وللآخر ما على فلان-: لا يصح في روايةٍ؛ فلأن الذمم لا تتكافأ ولا تتعادل والقسمة تقتضي التعادل وإذا لم يحصل التعادل تكون القسمة بمنزلة البيع، وبيع الدين بالدين لا يجوز.

وأما كونه يصح في روايةٍ؛ فلأن الاختلاف لا يمنع القسمة قياساً على اختلاف الأعيان.

وقول المصنف رحمه الله: في الذمة ظاهر في الذمة الواحدة كإنسان عليه دين لهما، ويجوز أن يشمل ما فسرناه أولاً، ويجب حمله عليه؛ لأنه قال في المغني بعد ذكر قَسْم ما في الذمم: هذا إذا كان في ذمم فأما في الذمة الواحدة فلا يمكن القسمة؛ لأن معنى القسمة إفراز، ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة.

وأما كون الشريك تلزمه البراءة في حقه دون صاحبه فيما إذا أبرأ من الدين؛ فلأن شريكه إنما أذن له في التجارة وليس الإبراء داخلاً فيها.

وأما كون حكم إقراره بمال حكم إبرائه من الدين على المذهب؛ فلما ذكر في الإبراء.

وأما كونه يقبل إقراره على مال الشركة على قول القاضي؛ فلأنه يجوز له الشراء نسأ وهو إقرار ببقاء الثمن.

قال: (**وعلى كل واحد منهما أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه من نشر الثوب وطيه وختم الكيس وإحرازه. فإن استأجر من يفعل ذلك فالأجرة عليه. وما جرت العادة أن يستنيب فيه فله أن يستأجر من يفعله. فإن فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك؟ على وجهين**).

أما كون كل واحد من الشريكين عليه أن يتولى ما جرت عادة الشريك أن يتولاه؛ فلأن ذلك هو المعتاد فحمل الإطلاق عليه كالحِرْز والقبض.

وأما قول المصنف: من نشر الثوب وطيه وختم الكيس وإحرازه فبيان لصورٍ جرت العادة أن يتولاها كل واحد من الشريكين.

وأما كون الأجرة عليه إذا استأجر من يفعل ذلك؛ فلأن العمل عليه. فكذلك بدله.

وأما كونه له أن يستأجر من يفعل ما جرت العادة أن يستنيب فيه كالنداء وحمل المتاع ونحوهما؛ فلأن العادة لم تجر بفعل الشريك ذلك بنفسه، ولا بد من فعله لأن الحاجة تدعو إليه.

فعلى هذا إن فعله متبرعاً فلا شيء له، وإن فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا شيء له؛ كما لو فعله متبرعاً.

والثاني: له ذلك لأنه فعل ما لا بد من فعله فاستحق الأجرة عليه كما لو دفعه إلى من يفعله.

وحكى المصنف في المغني هذين الوجهين روايتين ثم قال: والصحيح أنه لا شيء له؛ لأنه عمل عملاً في مال غيره لم يجعل له في مقابلته شيء. فلم يستحق شيئاً؛ كالأجنبي.

فصل [في شروط الشركة]

قال المصنف رحمه الله: **(والشروط في الشركة ضربان:**

•صحيح؛ مثل: أن يشترط أن لا يتجر إلا في نوع من المتاع، أو بلد بعينه، أو لا يبيع إلا بنقد معلوم، أو لا يسافر بالمال، أو لا يبيع إلا من فلان.

•وفاسد؛ مثل: أن يشترط ما يعود بجهالة الربح، أو ضمان المال، أو أنّ عليه من الوضيعة أكثر من قدر ماله، أو أن يوليه ما يختار من السلع، أو يرتفق بها، أو لا يفسخ الشركة مدة بعينها. فما يعود بجهالة الربح يفسد به العقد. ويُخرَّج في سائرها روايتان).

أما كون شروط الشركة ضربين صحيحاً وفاسداً؛ فلأنها عقد فكان فيها شروط صحيحة وأخرى فاسدة كالبيع.

وأما كون شرط أن لا يتجر إلا في نوع من المتاع، أو بلد بعينه، أو لا يبيع إلا بنقد معلوم، أو لا يسافر بالمال، أو لا يبيع إلا من فلان من الشروط الصحيحة؛ فلأن تصرف الشريك في مال شريكه إنما هو بطريق الوكالة، وغير ما ذكر غير موكل فيه فلم يكن شرط عدم التصرف فيه فاسداً.

وأما كون باقي الشروط المذكورة فاسداً: أما ما يعود بجهالة الربح، كما مثّل المصنف رحمه الله؛ فلأنه يفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح، ومن شرط صحة الشركة كونه معلوماً.

وأما ضمان المال وأن[1] عليه من الوضيعة أكثر من قدر ماله ؛ فلأنه ينافي مقتضى العقد لما تقدم من أن الوضيعة على قدر المال.

وأما توليته ما يختار من السلع وارتفاقه بها ؛ فلأن ذلك لا مصلحة للعقد فيه . أشبه ما ينافيه.

وأما كونه لا يفسخ الشركة مدةً بعينها ؛ فلأن الشركة عقد جائز ، واشتراط لزومها ينافي مقتضاها ؛ كالوكالة.

وأما كون ما يعود بجهالة الربح يَفسد به العقد ؛ فلأن الفساد لمعنى[2] في العوض المعقود عليه فأفسد العقد ؛ كما لو جُعل رأس المال خمراً أو خنزيراً.

وأما كون سائرها يُخَرَّج فيه روايتان ؛ فبالقياس على الروايتين في فساد البيع بذكر الشرط الفاسد فيه[3].

قال: **(وإذا فسد العقد قسم الربح على قدر المالين . وهل يرجع أحدهما بأجرة عمله؟ على وجهين)**.

أما كون الربح يقسم على قدر المالين إذا فسد العقد ؛ فلأن الربح تابع للمال.

وأما كون كل واحد يرجع بأجرة عمله على وجهٍ ؛ فلأنه إنما عمل في مقابلة ما يحصل له ، فإذا فات الربح تعينت الأجرة.

وأما كونه لا يرجع على وجهٍ ؛ فلأنه عمل[4] عملاً لغيره لم يجعل له في مقابلته شيء . أشبه الأجنبي.

---

(١) في هـ: فإن.

(٢) في هـ: في المعنى.

(٣) ر ص: ٦٤.

(٤) ساقط من هـ.

فصل [في المضاربة]

قال المصنف رحمه الله: (**الثاني: المضاربة. وهي: أن يدفع ماله إلى آخر يتجر فيه، والربح بينهما**).

أما كون الثاني من أضرب الشركة المضاربة؛ فلأنها تلي الأول. والمضاربة مشتقة من الضرب في الأرض والسفر بها للتجارة. قال الله تعالى: ﴿وآخرُون يَضربون في الأرض يبتغون من فضلِ الله﴾ [المزمل: ٢٠]. ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد منهما في الربح ويسمى قراضاً. واشتقاقه من القطع يقال: قرض الفأر الثوب أي قطعه. فكأن صاحب المال قطع من ماله قطعة وسلمها إلى العامل واقتطع له قطعة من الربح.

وقيل: اشتقاقه من المساواة والموازنة. يقال: تقارض الشاعران[1] إذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره. وهاهنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازنا.

وأجمع أهل العلم على صحتها في الجملة.

وروى حميد بن عبدا لله عن أبيه عن جده «أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيمٍ مضاربة يعمل به في العراق»[2].

وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه «أن عبدا لله وعبيدا لله ابني عمر بن الخطاب خرجا في جيشٍ إلى العراق فتسلفا من أبي موسى مالاً وابتاعَا به متاعاً

(١) في هـ: الشاعر.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢١٣٦١) ٤: ٣٩٥ كتاب البيوع، في مال اليتيم يدفع مضاربة.

وقدمَا به إلى المدينة فباعَاهُ وربحا فيه . فأراد عمرُ أخذَ رأسِ المال والربح كله . فقالا: لو تلف كان ضمانُه علينا فَلِمَ لا يكونُ ربحهُ لنا؟ فقال رجل: يا أمير المؤمنين ! لو جعلتَهُ قِراضاً . قال: قد جعلته . وأخذ منهما نصف الربح »[1] . وهذا يدل على صحة القراض.

وروي «عن عثمان[2] ، وعلي[3] ، وابن مسعود ، وحكيم بن حزام[4] أنهم قارضوا» . ولا مخالف لهم في الصحابة فكان إجماعاً.

ولأن بالناس حاجة إلى المقارضة فإن الدراهم والدنانير لا تنمى إلا بالتقليب والتجارة ، وليس كلٌّ من يملكها يحسن التجارة ، [ولا كل من يحسن التجارة][5] له رأس مال[6] فاحتيج إليها من الجانبين فشرعها ا لله تعالى لدفع الحاجتين.

وأما قول المصنف: وهي أن يدفع ماله ... إلى آخره فبيان لمعنى المضاربة شرعاً.

قال: **(فإن قال: خذه فاتجر به والربح كله لي فهو إبضاع . وإن قال: والربح كله لك فهو قرض . وإن قال: والربح بيننا فهو بينهما نصفين)**.

أما كون قول رب المال: خذه فاتجر به والربح كله لي فهو إبضاعاً ؛ فلأنه قرن به حكم الإبضاع فانصرف إليه.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (١) ٢: ٥٢٩ كتاب القراض، باب ما جاء في القراض.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١١٠ كتاب القراض.

(٢) أخرج مالك في موطئه عن العلاء بن عبدالرحمن عن أبيه : « أن عثمان أعطاه مالاً مقارضة » . كتاب القراض ، باب: ما جاء في القراض .

(٣) أخرج عبدالرزاق في مصنفه عن الشعبي عن علي : « في المضاربة : الوضيعة على المال ، والربح على ما اصطلحوا عليه » . (١٥٠٨٧) ٨: ٢٤٨ كتاب البيوع ، باب: نفقة المضارب ووضيعته.

(٤) أخرج البيهقي في السنن الكبرى عن حكيم بن حزام : « أنه كان يدفع المال مضاربة إلى أجل » .٦: ١١١ كتاب البيوع .

(٥) ساقط من هـ.

(٦) في هـ: المال.

وأما كون قوله: فاتجر به والربح كله لك قرضاً؛ فلأن اللفظ يصلح له وقد قرن به حكمه فانصرف إليه.

وأما كون الربح بينهما نصفين فيما إذا قال: الربح بيننا؛ فلأنه أضافه إليهما إضافة واحدة لم يترجح فيها أحدهما على صاحبه فاقتضى التسوية كما تقدم في الشركة[1]، وكما لو قال: هذه الدار بيني وبين عمرو.

قال: **(وإن قال: خذه مضاربة والربح كله لك أو لي لم يصح. وإن قال: لك ثلث الربح صح والباقي لرب المال. وإن قال: ولي ثلث الربح فهل يصح؟ على وجهين. وإن اختلفا لمن الجزء المشروط فهو للعامل)**.

أما كون قول ربّ المال: خذه مضاربة والربح كله لك أو لي لا يصح؛ فلأن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما، فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضاها. أشبه ما لو شرط الربح في شركة لأحدهما.

وأما كون قوله: لك ثلث الربح يصح؛ فلأن نصيب العامل معلوم.

وأما كون الباقي لرب المال؛ فلأنه لا يحتاج إلى ذكر نصيبه لأنه يستحق الربح بماله لكونه نماؤه وفرعه.

وأما كون قوله: ولي ثلث الربح يصح على وجهٍ؛ فلأن الربح لا يستحقه غيرهما فإذا شرط لأحدهما شيء علم أن الباقي للآخر كما علم كون ثلث الميراث للأب من قوله: ﴿وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ [النساء: ١١].

وأما كونه لا يصح على وجهٍ؛ فلأن العامل إنما يستحق بالشرط ولم يشرط له شيء.

---

(١) ص: ٣٨٢.

وأما كون الجزء المشروط للعامل إذا اختلفا لمن هو ؛ فلأن الشرط له لأن رب المال يستحق الربح بماله والعامل بعمله والعمل يقل ويكثر وإنما تتقدر حصته بالشرط فكان له.

قال: **(وكذلك حكم المساقاة والمزارعة. وحكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أو لا يفعله وما يلزمه فعله[1] وفي الشروط. وإن فسدت فالربح لرب المال وللعامل الأجرة. وعنه: له الأقل من الأجرة أو ما شرط له من الربح).**

أما كون حكم المساقاة والمزارعة حكم المضاربة ؛ فلأن كل واحد من العامل في المساقاة والمزارعة والمضاربة إنما يستحق بفعله وفي ذلك مساواة بينهم معنى فوجب أن يحصل التساوي بينهم حكماً.

فإن قيل: ما المقصود بالتشبيه هنا؟

قيل: هو أن صاحب الشجر والأرض إذا قال: الثمرة أو الزرع بيننا فالثمرة أو الزرع بينهما نصفين، وإذا قال: لك ثلث ذلك صح والباقي لرب الشجرة أو الأرض، وإذا قال: ولي ثلث ذلك فعلى وجهين.

وأما كون حكم المضاربة حكم الشركة فيما تقدم ذكره ؛ فلاشتراكهما في التصرف بالإذن.

وأما كون الربح لرب المال إذا فسدت المضاربة ؛ فلأنه نماء ملكه والعامل إنما يستحق بالشرط فإذا جهل لم يستحق المشروط.

---

(١) ساقط من هـ.

وأما كون العامل له أجرة المثل على المذهب؛ فلأن عمل العامل إنما كان في مقابلة المسمى فإذا لم تصح التسمية وجب رد عمله عليه، وذلك متعذر فوجب له أجرة المثل كما لو اشترى شراء فاسداً فقبضه وتلف.

وأما كونه له الأقل من الأجرة أو ما شرط له من الربح؛ فلأنه إن كان الأقل الأجرة فهو لا يستحق غيرها لبطلان الشرط، وإن كان الأقل المشروط فهو قد رضي به.

قال: **(وإن شرطا تأقيت المضاربة فهل تفسد؟ على روايتين)**.

أما كون المضاربة تفسد بشرط تأقيتها على روايةٍ؛ فلأنه شرط ينافي مقتضى العقد.

وأما كونها لا تفسد على روايةٍ؛ فلأن ذلك قد يكون فيه لرب المال غرض صحيح.

فإن قيل: الحكم المذكور داخل فيما تقدم من قوله: وحكم المضاربة حكم الشركة لأنه قال: وفي الشروط. وقد تقدم في الشركة[1]: أن من الشروط الفاسدة أن يشترط أن لا يفسخ الشركة مدة بعينها وهو المعنيّ بالتأقيت؟

قيل: ليس الأمر كذلك؛ لأن معناهما[2] مختلف، ولذلك حكى المصنف رحمه الله الخلاف المذكور في الكافي في صحة التأقيت لا في فساد الشرط المتقدم ذكره.

قال: **(وإن قال: بع هذا العرض وضارب بثمنه، أو اقبض وديعتي وضارب بها، أو إذا قدم الحاج فضارب بهذا صح. وإن قال: ضارب بالدَّين الذي عليك لم يصح)**.

---

(١) ص: ٣٩١.

(٢) في هـ: معناها.

أما كون المضاربة تصح فيما إذا قال: بع هذا العرض وضارب بثمنه ؛ فلأنه إذا باعه صار الثمن في يده أمانة فصار كما لو كان المال عنده وديعة.

وأما كونها تصح فيما إذا قال: اقبض وديعتي وضارب بها ؛ فلأن الوديعة إذا قبضها صارت أمانة في يده فوجب أن تصح المضاربة بها كما تقدم ، وكما لو قال: ضارب بهذه الألف التي في زاوية البيت.

وأما كونها تصح فيما إذا قال: إذا قدم الحاج فضارب بهذا ؛ فلأنها عقد يتصرف فيه بالإذن فجاز أن يقع معلقاً كالوكالة.

وأما كونها لا تصح فيما إذا قال: ضارب بالدين الذي عليك ؛ فلأن المال الذي في يد الغريم له ، وإنما يصير لغريمه بقبضه ، وما قبضه ، ولا يصح قبض الإنسان من نفسه.

قال: **(وإن أخرج مالاً ليعمل هو فيه وآخر والربح بينهما صح . ذكره الخرقي.**

وقال القاضي: إذا شرط المضارب أن يعمل معه رب المال لم يصح ، وإن شرط عمل غلامه فعلى وجهين).

أما كون ما ذكر يصح على قول الخرقي ؛ فلأن العمل أحد ما يتم به المضاربة فصح أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر كما لو كان من أحدهما مال ومن الآخر عمل ومال.

وأما كونه لا يصح إذا شرط المضارب عمل رب المال معه على قول القاضي ؛ فلأن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب فإذا شرط عليه العمل لم يتسلمه ؛ لأن يده عليه وذلك يخالف مقتضاها.

وأما كونه يصح إذا شرط عمل غلامه على وجهٍ ؛ فلأن عمل الغلام يصح أن يكون تابعاً لعمل العامل بخلاف عمل سيده .

ولأن[1] عمل الغلام مال لسيده فصح ضمه إليه كما يصح أن يضم إليه بهيمة يحمل عليها.

وأما كونه لا يصح على وجهٍ؛ فلأن يد الغلام كيد سيده وعمله كعمله.

(١) في هـ: فلأن.

فصل

قال المصنف رحمه الله: (**وليس للعامل شراء من يعتق على رب المال . فإن فعل صح وعتق وضمن ثمنه . وعنه : يضمن قيمته علم أو لم يعلم .**

وقال أبو بكر: إن لم يعلم لم يضمن . ويحتمل أن لا يصح البيع).

أما كون العامل ليس له شراء من يعتق على رب المال ؛ فلأن عليه في ذلك ضرراً.

ولأن المضاربة عقدت للربح حقيقة أو مظنة وذلك منتف في شراء من ذكر.

وأما كون الشراء يصح إذا فعل ذلك على المذهب ؛ فلأنه مال متقوم ، قابل للعقود فصح شراء العامل له كما لو اشترى من نذر رب المال حريته إذا ملكه.

وأما كون المشتري يعتق ؛ فلأن رب المال ملكه وذلك موجب للعتق لما يأتي في موضعه.

وأما كون العامل يضمن ثمنه على المذهب ؛ فلأن التفريط فيه حصل.

وأما كونه يضمن قيمته على روايةٍ ؛ فلأنه تلف بفعله . أشبه ما لو قتله.

وأما كونه يضمن عَلِمَ أو لم يَعْلم على المذهب ؛ فلأن الإتلاف لا فرق فيه بينهما.

وأما كونه لا يضمن على قول أبي بكر إن لم يعلم ؛ فلأنه معذور حيث لم يعلم.

والأول أصح . قاله في المغني لما تقدم.

وأما كونه يحتمل أن لا يصح البيع؛ فلأن الإذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه، ومن يعتق على رب المال ليس كذلك.

والأول أصح؛ لأن ما ذكر ثانياً ينتقض[1] بشراء من نذر رب المال حريته إذا ملكه.

قال: **(وإن اشترى امرأته صح وانفسخ نكاحها)**.

أما كون شراء المضارب من ذكر يصح؛ فلأنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فصح كما لو اشترى أجنبية.

وأما كون النكاح ينفسخ؛ فلأن المرأة دخلت في ملك زوجها وذلك موجب للفسخ لما يأتي.

ولم يذكر المصنف رحمه الله هنا وجوب الضمان على العامل وصرح في المغني بأن ما يجب على الزوج يرجع[2] به على العامل إذا كان قبل الدخول لأنه قرره عليه فرجع به عليه كما لو أفسدت المرأة النكاح بالرضاع.

قال: **(وإن اشترى من يعتق على نفسه ولم يظهر ربح لم يعتق، وإن ظهر ربح فهل يعتق؟ على وجهين)**.

أما كون من ذكر لا يعتق مع عدم ظهور الربح؛ فلأن العامل لا يملك العبد وإنما هو ملك رب المال.

وأما كونه يعتق مع ظهور الربح ففيه وجهان مبنيان على أن العامل هل يملك نصيبه من الربح بالظهور أو بالقسمة وفيه روايتان.

فإن قيل: إنه يملكه بالظهور عتق عليه لأنه ملكه بفعله فعتق عليه كما لو اشتراه بماله.

---

(١) في هـ: ذكرنا يناقض.

(٢) في هـ: ويرجع.

وأطلق المصنف رحمه الله العتق وظاهره عتق كله.

وقال في المغني: يعتق عليه بقدر حصته من الربح إن كان معسراً ويقوم عليه باقيه إن كان موسراً.

وعلى اليسار أو أن له من الربح ما يقابل قيمة العبد المعتق يجب حمل كلام المصنف رحمه الله هنا.

وإن قيل: لا يملك إلا بالقيمة لم يعتق عليه لأنه ما ملكه.

وحكى في المغني وجهاً ثالثاً: أنه لا يعتق وإن قيل أنه يملك بالظهور؛ لأن الربح وقاية لرأس المال فلم يعتق لأن ملكه لم يتم عليه.

قال: **(وليس للمضارب أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على الأول. فإن فعل رد نصيبه من الربح في شركة الأول)**.

أما كون المضارب ليس له أن يضارب لآخر مع الضرر على الأول؛ فلأن المضاربة تنعقد على الحفظ والنماء، فإذا فعل ما يمنعه من ذلك لم يكن له؛ كما لو أراد التصرف بالعين.

وأما كونه يرد نصيبه من ربح المضاربة الثانية في المضاربة الأولى؛ فلأنه استحق ذلك بالمنفعة التي استحقت بالعقد الأول فكان بينهما كالأول.

وفي تقييد المصنف رحمه الله قوله: وليس للمضارب أن يضارب لآخر بكونه فيه ضرر على الأول إشعار بأنه إذا لم يكن فيه ضرر على الأول له ذلك وهو صحيح؛ لأن المانع الضرر ولا ضرر هنا.

ولأن عقد المضاربة لا يقتضي ملك كل منافع العامل.

قال: **(وليس لرب المال أن يشتري من مال المضاربة شيئاً لنفسه. وعنه: يصح. وكذلك شراء السيد من عبده المأذون)**.

أما كون رب المال ليس لـه أن يشـتري مـن مـال المضاربـة شيئاً لنفسـه على المذهب ؛ فلأنه ملكه فلم يكن له شراءه ؛ كما لو اشترى ذلـك مـن وكيلـه أو عبـده المأذون الذي لا دين عليه.

وأما كونه يصح على روايةٍ ؛ فلأنه قد تعلق حق المضارب به فجاز له شـراءه ؛ كما لو اشترى من مكاتبه .

والأول أصح ؛ لما ذكر . والفرق بين مال المضاربة وبين المكـاتب أن السيد لا يملك ما في يده ولهذا لا يزكي ما في يده ويؤخذ منه بالشفعة.

وأما كون شراء السيد من عبده المأذون كشراء رب المال من مـال المضاربـة ؛ فلأن ما ذكر جار فيه.

فإن قيل: ظاهر التشبيه جريان الخلاف في شراء السيد من عبده مطلقاً.

قيل: مُسَلَّم . لكن يجب حمل الجواز على ما إذا كان عليه دين بقدر قيمته لأن المسألة قد تقدمت في باب المأذون مقيدة بذلك.

قال المصنف في المغني: والصحيح الأول لما تقـدم مـن أنـه ملكـه . واسـتحقاق أخذ ما في يده لا يوجب زوال الملك . دليله مال المفلس.

قـال: **(وإن اشـترى أحـد الشـريكين نصيـب شـريكه صـح . وإن اشـترى الجميـع بطـل في نصيبـه . وفي نصيـب شـريكه وجهـان . ويتخـرج أن يصـح في الجميع)**.

أما كون شراء أحد الشريكين نصيب شريكه يصح ؛ فلأنه ملك غـيره فصـح شراؤه له كالأجنبي.

وأما كونه يبطل في نصيبه إذا اشترى الجميع ؛ فلأنـه مِلْكُـه ، ولا يصـح شـراء الإنسان ذلك.

وأما كون نصيب شريكه فيه وجهان فمبنيان على تفريق الصفقة.

وأما كونه يتخرج أن يصح في الجميع فمبني على أن لرب المال الشراء من مال المضاربة. ذكره المصنف في المغني.

قال: **(وليس للمضارب نفقة إلا بشرط. فإن شرطها له وأطلق فله جميع نفقته من المأكول والملبوس بالمعروف. فإن اختلفا رجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة، وفي الملبوس إلى أقلِّ ملبوسٍ مثله)**.

أما كون المضارب ليس له نفقة مع عدم الشرط؛ فلأنه دخل على أنه يستحق من الربح الجزء المسمى فلم يكن له غيره.

ولأنه لو استحق النفقة لأفضى إلى أن يختص بالربح إذا لم يربح سوى ما أنفقه.

وأما كونه له النفقة مع الشرط فلقوله ﷺ: «المؤمنون على شروطهم»[1] رواه الترمذي. وقال: حديث حسن صحيح.

وتصح مقدرة ولا نزاع فيه، ومطلقاً لأن له معهود يرجع فيه إليه فإذا أطلقا كان له نفقة مثله بالمعروف لأنه كذلك تجب لمن تجب عليه نفقته.

وأما كونه يرجع مع الاختلاف في القوت إلى الإطعام في الكفارة[2]، وفي الملبوس إلى أقل ملبوس مثله؛ فلأن المطلق من كلام الآدميين محمول على المقيد من كلام الشرع وهو كذلك.

وفيما ذكره المصنف رحمه الله نظر؛ لأنه إن لحظت الكفارة في ذلك فليرجع

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤) ٣: ٣٠٤ كتاب الأقضية، باب في الصلح.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٢) ٣: ٦٣٤ كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس.

(٢) في هـ: في الإطعام.

في القوت والملبوس إليها، وإن لحظ حاله فليرجع فيهما إلى قوت[1] مثله وملبوس مثله؛ كالزوجة. وهو أشبه. وحكاه صاحب المحرر فيه ولم يحك ما تقدم ذكره.

قال: **(وإن أذن له في التسري فاشترى جارية ملكها وصار ثمنها قرضاً. نص عليه).**

أما كون العامل يملك الجارية؛ فلأن رب المال أذن له في التسري، والإذن في التسري يستدعي الإذن في الوطء، والوطء لا يجوز في غير عقد نكاح أو ملك يمين لقوله تعالى: ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ [المؤمنون:٦]، ولا عقد نكاح هنا فيتعين الملك.

وأما كون ثمنها يصير قرضاً؛ فلأن المال لربه ولم يوجد منه ما يدل على تبرعه فوجب كونه قرضاً لأنه المتيقن.

قال: **(وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال. وإن اشترى سلعتين فربح في إحداهما وخسر في الأخرى، أو تلفت جُبرت الوضيعة من الربح).**

أما كون المضارب ليس له ربح حتى يستوفي رأس المال؛ فلأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال فإذا لم يفضل فليس بربح.

وأما كون الوضيعة تجبر من الربح في صورتي الخسران والتلف؛ فلأن تلك مضاربة واحدة فجبرت الوضيعة من الربح؛ كما لو اشترى شيئاً فربح فيه في وقت وخسر فيه في آخر قبل فسخ المضاربة.

قال: **(وإن تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه انفسخت فيه المضاربة. وإن تلف المال ثم اشترى سلعة للمضاربة فهي له وثمنها عليه إلا أن يجيزه رب المال. وإن تلف بعد الشراء فالمضاربة بحالها والثمن على رب المال).**

---

(١) في هـ: فليرجع فيها قوت.

أما كون المضاربة تنفسخ في التالف فيما إذا تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه ؛ فلأنه تلف قبل التصرف . أشبه التالف قبل القبض.

وأما كون السلعة المشتراة للمضاربة بعد تلف المال للمضارب إذا لم يجز الشراء رب المال ؛ فلأن المضاربة انفسخت بالتلف فالشراء بعده شراء غير مستند إلى إذن.

فعلى هذا يكون ثمنها عليه لأن الثمن على من له الملك.

وأما كونها لرب المال إذا أجاز ذلك فمبني على تصرف الفضولي إذا أجازه المالك وفيه خلاف تقدم ذكره وتعليله[1].

وأما كون المضاربة بحالها إذا كان التلف بعد الشراء ؛ فلأن الموجب لفسخ المضاربة التلف و لم يوجد حين الشراء ولا قبله.

فعلى هذا يكون الثمن على رب المال لأن الشراء صادف المضاربة بحالها وذلك يوجب كون الشراء له فيكون الثمن عليه.

قال: **(وإذا ظهر الربح لم يكن له أخذ شيء منه إلا بإذن رب المال . وهل يملك العامل حصته من الربح قبل القسمة؟ على روايتين)**.

أما كون العامل ليس له أن يأخذ شيئاً من الربح مع عدم إذن رب المال فيه فلثلاثة أوجه:

أحدها: أن الربح وقاية لرأس المال فلا يأمن الخسران الذي ينجبر بالربح.

وثانيها: أن رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه بغير إذنه.

وثالثها: أن ملكه متزلزل لأنه بعرضية أن يخرج عن يده بجبران خسارة المال.

وأما كونه له ذلك مع الإذن ؛ فلأن الحق لهما غير خارج عنهما.

---

(١) ص: ٢٢.

وأما كون العامل يملك حصته من الربح قبل القسمة على روايةٍ ؛ فلأن الشرط صحيح ويقتضي أن يكون له[1] جزء من الربح فإذا وجد وجب أن يملكه بحكم الشرط ؛ كما يملك المساقي حصته من الثمرة بعد ظهورها ، وقياساً على كل شرط صحيح في عقد.

وأما كونه لا يملكها إلا بالقسمة على روايةٍ ؛ فلأنه لو ملكها بالظهور لكان ربحها له ، ولوجب أن يكون شريكاً لرب المال كشريكي العنان .

والأولى أصح.

قال صاحب المغني فيه: ظاهر المذهب أنه يملك بالظهور ودليله ما مر.

ولأنه يملك المطالبة بالقسمة فلو لم يكن له ملك لم يملك المطالبة بملك غيره .

ولا يمتنع أن يملك وتكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح.

قال: **(وإن طلب العامل البيع فأبى رب المال أجبر إن كان فيه ربح ، وإلا فلا).**

أما كون رب المال يجبر على البيع إذا طلبه العامل وكان في المال ربح ؛ فلأن مع الربح له فيه حق فأجبر الممتنع من أدائه ؛ كسائر الحقوق.

وأما كونه لا يجبر إذا لم يكن فيه ربح ؛ فلأنه لا حق له فيه . أشبه ما لو لم يضاربه.

قال: **(وإن انفسخ القراض والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً أو طلب البيع فله ذلك ، وإن كان ديناً لزم العامل تقاضيه).**

أما كون رب المال له أن يأخذ بماله عرضاً إذا انفسخ القراض والمال عرض ؛ فلأن غاية ما في ذلك أنه يحتاج إلى التقويم لأن العامل يستحق الربح إلى حين الفسخ

(١) ساقط من هـ.

وذلك لا يضر . دليله المستعير إذا غرس أو بنى ، والمشتري إذا فعل ذلك فإن المعير يأخذ ذلك بالقيمة إذا رجع ، والشفيع يأخذه بها إذا طلب الشفعة . أو يقال: إذا أخذ المعير والشفيع ملك غيره بالقيمة ؛ فلأن يأخذ رب المال ماله بالقيمة بطريق الأولى.

وأما كونه له طلب البيع ؛ فلأن رب المال استحق على المضارب أن يرد المال ناضاً كما أخذه وفي البيع تحصيل لذلك.

وأما كون العامل يلزمه تقاضي الدين ؛ فلأن المضاربة تقتضي رد المال على صفته ، والديون لا تجري مجرى المال الناضّ فلزمه أن ينضه ؛ كما يلزمه بيعه لو كان عرضاً.

قال: **(وإن قارض في المرض فالربح من رأس المال وإن زاد على أجرة المثل ، ويقدم به على سائر الغرماء).**

أما كون الربح من رأس المال فيما ذكر ؛ فلأنه عوض عن عمله.

وأما كون الزيادة منه أيضاً ؛ فلأن ما يحدث من الربح يحدث على ملك العامل بخلاف ما لو حابى المستأجر الأجير فإنه يحتسب[1] بما حاباه من ثلثه لأن الأجرة تؤخذ من ماله.

وأما كون العامل يقدم بذلك على سائر الغرماء ؛ فلأنه يملك الربح بالظهور فكان شريكاً فيه.

ولأن حقه متعلق بعين المال دون الذمة فكان مقدماً على ما تعلق بالذمة ؛ كحق الجناية . أو يقال: حقه متعلق بالمال قبل الموت فكان أسبق فقدم ؛ كالرهن.

---

(١) في هـ: يحسب.

قال: **(وإن مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة فهو دين في تركته وكذلك الوديعة)**.

أما كون مال المضاربة يصير ديناً في تركة الميت إذا لم يعرف بعينه؛ فلأن الأصل بقاء المال في يده، ولا سبيل إلى معرفة عينه، فتعين جعله متعلقاً بالتركة.

وأما كون الوديعة كالمضاربة فلاشتراكهما في الدليل المذكور فيها.

فصل

قال المصنف رحمه الله: **(والعامل أمين، والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وخسران، وما يذكر أنه اشتراه لنفسه أو للقراض، وما يدعى عليه من خيانة).**

أما كون العامل أمين؛ فلأنه متصرف في مال غيره بإذنه لا لمحض منفعته فكان أميناً؛ كالوكيل. وفارق المستعير فإن قَبْضَه لمنفعته[1] خاصة.

وأما كون القول قوله فيما يدعيه من جميع ما ذكر؛ فلأن تأمينه يقتضي ذلك. ولأنه يدعى عليه ذلك وهو ينكره، والقول قول المنكر مع يمينه.

قال: **(والقول قول رب المال في رده إليه، والجزء المشروط للعامل، وفي الإذن في البيع نسأ أو الشراء بكذا. وحكي عنه: أن القول قول العامل إن ادعى أجرة المثل).**

أما كون القول قول رب المال في رده إليه؛ فلأن العامل قبض المال لمنفعة نفسه فلم يقبل قوله في رده؛ كالمستعير. وفارق المودع من حيث إن قبضه لمنفعة غيره.

وأما كون القول قول رب المال في الجزء المشروط للعامل؛ مثل أن يقول العامل: شرطتَ لي النصف، فيقول رب المال: بل الثلث على المذهب؛ فلأنه ينكر الزائد والعامل يدعيه والقول قول المنكر.

---

(١) في و: لمنفعة.

وأما كون القول قول العامل إن ادعى أجرة المثل أو زيادة يتغابن الناس بمثلها على روايةٍ ؛ فلأن الظاهر صحة قول من ادعى ذلك . ولم يذكر المصنف قبول قوله في زيادة يتغابن الناس بمثلها فيحتمل أنه لم يره ، ويحتمل أنه تركه ليعلم من الكتب المطولة . وقد صرح في المغني والكافي بقبول قوله مع ذلك على الرواية المذكورة.

وأما الإذن في البيع نسأ فالمنقول فيه أن القول قول العامل . كذا ذكره في المغني ، ولم يحك فيه خلافاً . وذكره بقية الأصحاب . ووجهه : أن العامل أمين ، فقبل قوله في ذلك . ولم أجد بما قاله المصنف رواية ولا وجهاً عن أحد من المتقدمين . غير أن صاحب المستوعب حكى بعد قوله : القولُ قول العامل أن ابن أبي موسى قال: ويتجه أن يكون القول قول رب المال . وربما حكى بعض المتأخرين في ذلك وجهاً . وأظنه أخذه من كلام المصنف رحمه الله هنا ، أو ظن قول ابن[1] أبي موسى يقتضي ذلك . وفي[2] الجملة لقبول قول رب المال وجه من الدليل لو وافق رواية أو وجهاً لأن رب المال يدعي عليه العامل أنه أذن له في البيع نسأ وهو ينكره والقول قول المنكر.

وأما كون القول قول رب المال في الشراء بكذا ؛ مثل أن يقول العامل: أذنت لي في شراء كذا بعشرة فيقول رب المال: بل أذنت فيه بخمسة ؛ فلأنه منكر للإذن فكان القول قوله.

ولأن قول العامل لو قبل لألزمنا رب المال بخمسة لم يعترف بها ولا دليل عليها لأن الإذن في النسأ كالإذن في المقدار.

فإن قيل: لم قُبِل قول رب المال في المقدار دون النسأ على المنصوص؟

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: في.

قيل: لم يوجد في الإذن في المقدار قرينة تدل على صدق العامل، والأصل ينفي قوله، فوجب العمل به لأنه مقتض، سلم عن المعارض. بخلاف الإذن في النسأ فإن فيه قرينة تدل على صدق العامل فعارضت الأصل. بيان القرينة: أن عقد المضاربة مبني على الربح والنسأ مظنته فمن ادعى ما يقتضي حصوله يكون معه قرينة حالية دالة[1] على صدقه.

قال: **(وإن قال العامل ربحت ألفاً ثم خسرتها أو هلكت قُبِل قوله. وإن قال: غلطت لم يقبل قوله)**.

أما كون العامل يقبل قوله في دعوى الخسارة والهلاك بعد الإقرار بالربح؛ فلأنه أمين يقبل قوله في تلف المال وخسارته فقبل قوله في خسارة الربح وهلاكه لاشتراك الكل في المعنى الموجب لاشتراكه حكماً.

وأما كون لا يقبل قوله في دعوى الغلط؛ فلأنه مقر فلا يقبل قوله في الرجوع عن إقراره كغيره من المقرين.

(١) في هـ: عن دالة.

فصل [في شركة الوجوه]

قال المصنف رحمه الله: (**الثالث: شركة الوجوه. وهي: أن يشتركا على أن يشتريا بجاههما دينا فما ربحا فهو بينهما. فكل واحد منهما وكيل صاحبه كفيل عنه بالثمن. والملك بينهما على ما شرطاه، والوضيعة على قدر ملكيهما فيه والربح على ما شرطاه**[1]. **ويحتمل أن يكون على قدر ملكيهما. وهما في التصرفات كشريكي العنان**).

أما كون الثالث من أضرب الشركة: شركة الوجوه؛ فلأنها تلي الثاني.

وأما كونها تصح؛ فلأن معناها وكالة كل واحد منهما صاحبه في الشراء والبيع والكفالة بالثمن وكل ذلك صحيح.

وأما قول المصنف رحمه الله: وهي أن يشتركا... إلى كفيل عنه بالثمن فبيان لمعناها.

وأما كون الملك بينهما على ما شرطاه؛ فلأن العقد مبناه على الوكالة فتقيد بما أذن فيه.

وأما كون الوضيعة على قدر ملكيهما؛ فلأنها كذلك في شركة العنان فليكن هاهنا كذلك.

---

(١) في هـ: شرطا.

وأما كون الربح على ما شرطاه[1] على المذهب؛ فلأن العمل بينهما قد يتساويا فيه بحسب الشرط كالعنان.

وأما كونه يحتمل أن يكون على قدر ملكيهما؛ فلأن الربح هاهنا يستحق بالضمان وهو لا يضمن بطريق الأصالة إلا قدر ملكه فلا يكون له من الربح إلا قدر ملكه «لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن»[2].

وأما كون تصرفهما كتصرف شريكي العنان؛ فلأن كل واحد من شريكي العنان متصرف في نصيبه بطريق الأصالة وفي نصيب شريكه بطريق الوكالة، وبعد أخذ شريكي الوجوه المال بجاههما يكون تصرف كل واحد منهما في نصيبه بطريق الأصالة وفي نصيب شريكه بطريق الوكالة، فوجب جعل تصرفهما كتصرف شريكي العنان. ضرورة استوائهما في جهة التصرف.

---

(١) في هـ: شرطا.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٠٤) ٣: ٢٨٣ كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٤) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٣١) ٧: ٢٩٤ كتاب البيوع، شرطان في بيع وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة إلى شهر بكذا...
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٨٨) ٢: ٧٣٧ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن.
وأخرجه أحمد في مسنده (٦٦٢٨) ٢: ١٧٥.

فصل [في شركة الأبدان]

قال المصنف رحمه الله: (**الرابع: شركة الأبدان . وهي : أن يشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما . فهي شركة صحيحة ، وما يتقبله أحدهما من العمل يصير في ضمانهما ، يطالبان به ويلزمهما عمله . وهل يصح مع اختلاف الصنائع؟ على وجهين**).

أما كون الرابع من أضرب الشركة شركة الأبدان ؛ فلأنه يلي الثالث.

وأما قول المصنف رحمه الله: وهي أن يشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما فبيان لمعنى شركة الأبدان.

وأما كونها صحيحة فلما روي عن عبدالله قال: «اشتركتُ أنا وسعدٌ وعمارٌ يومَ بدرٍ . فلمْ أَجئْ أنا وعمارٌ بشيء وجاءَ سعدٌ بأسيرين »[1] رواه أبو داود والأثرم.

ومثل هذا لا يخفى على النبي ﷺ.

فإن قيل: الغنائم مشتركة بين الغانمين بحكم الله فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها؟ وقال بعض الشافعية: غنائم بدر كانت لرسول الله ﷺ فكان له أن يدفعها إلى من شاء فيحمل أن يكون إقراره لهم على ذلك لذلك.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٨) ٣: ٢٥٧ كتاب البيوع، باب في الشركة على غير رأس مال.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٩٧) ٧: ٣١٩ كتاب البيوع، الشركة بغير مال.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٨٨) ٢: ٧٦٨ كتاب التجارات، باب الشركة والمضاربة.

قيل: أما الأول فلا يصح لأن غنائم بدر كانت قبل أن يشرك الله بين الغانمين فيها ولهذا نقل أن رسول الله ﷺ قال: «من أخذ شيئاً فهو له»[1]. فكان ذلك من قِبَل المباحات مَنْ سَبَقَ إلى أخذ شيءٍ فهو له.

وأما الثاني فهو مثل الأول؛ لأن الشركة كانت قبل نزول قوله تعالى: ﴿قل الأنفال لله والرسول﴾ [الأنفال: ١]. ويدل على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله ﷺ لم تخل: إما أن يكون قد أباحها لهم فتكون كالمباحات، أو لم[2] يبحها لهم فكيف يشتركون في شيء لغيرهم.

ولأن العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال.

وأما كون ما يتقبله أحدهما من العمل يصير في ضمانهما يطالبان به ويلزمهما عمله؛ فلأن شركة الأبدان لا تنعقد إلى على ذلك لأنه لا شيء فيها غير ذلك تنعقد عليه.

وأما كونها تصح مع اختلاف الصنائع؛ مثل: أن يكون أحدهما خياطاً والآخر قَصّاراً وما أشبه ذلك على وجهٍ وهو للقاضي؛ فلأنهما اتفقا في مكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائع.

وأما كونها لا تصح على وجهٍ وهو لأبي الخطاب؛ فلأن مقتضى الشركة لزوم كل واحد منهما ما يتقبله الآخر ولا يمكن القيام بذلك مع اختلاف الصنعة لأنه لا قدرة له عليه.

قال: **(ويصح في الاحتشاش والاصطياد والتلصص على دار الحرب وسائر المباحات)**.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣١٦ كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب الوجه الثالث من النفل.

(٢) في هـ: ولم.

أما كون الشركة تصح في الاحتشاش؛ فلأنه اشتراك في مكسب مباح فصح كالاشتراك في القصارة والخياطة.

وأما كونها في الاصطياد والتلصص على دار الحرب وسائر المباحات؛ فلأن ذلك كما تقدم معنى فكذا يجب أن يكون حكماً.

قال: **(وإن مرض أحدهما فالكسب بينهما. فإن طالبه الصحيح أن يقيم[1] مقامه لزمه ذلك)**.

أما كون الكسب بينهما مع مرض أحدهما؛ فلأنه لو لم يعمل معه وهو صحيح يكون الكسب بينهما لحديث سعد المتقدم[2]. فمع العذر بطريق الأولى.

وأما كون المريض يلزمه أن يقيم مقامه إذا طلب الصحيح ذلك؛ فلأنهما دخلا على أنهما يعملان فإذا تعذر العمل بنفسه لزمه ما يقوم مقامه توفية للعقد ما يقتضيه.

قال: **(وإن اشتركا ليحملا على دابتيهما والأجرة بينهما صح. فإن تقبلا حمل شيء فحملاه عليهما صحت الشركة، والأجرة على ما شرطاه. وإن أجّراهما بأعيانهما فلكل واحد منهما أجرة دابته. وإن جمعا بين شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربة صح)**.

أما كونه يصح أن يشترك الشريكان ليحملا على دابتيهما؛ فلأن الحمل قد يكون في الذمة فوجب صحة الشركة عليه؛ كشركة الوجوه.

وأما كون الأجرة على ما شرطاه إذا تقبلا حمل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذممهما ثم حملاه على الدابتين؛ فلأن تقبلهما الحمل أثبت الضمان عليهما فكانت الأجرة على ما شرطاه كشريكي الوجوه.

---

(١) في هـ: يقوم.

(٢) سبق ذكره ص: ٤١٥.

وأما كون كل واحد منهما لـه أجـرة دابتـه إذا أجراهمـا بأعيانهمـا ؛ فلأنـه لم يجب ضمان الحمل في ذمهما وإنما اسـتحق المسـتأجر منفعـة البهيمـة الـتي اسـتأجرها فوجب أن يكون لمالكها عوض المنفعة وذلك أجرة دابته وفي كـون كـل واحـد مـن الشريكين له أجرة دابته إشعار بأن الشركة على عـين الـدواب لا تصـح وصـرح بـه المصنف في المغني وعلله بما تقدم وبأن الشركة تتضمن الوكالة والوكالـة علـى الوجـه المذكور لا تصح ثم قال: ولهذا لو قال: أجـر عبـدك وتكـون أجرتـه بيـني وبينـك لم يصح ولو قال: بع دارك وثمنها بيننا لم يصح.

وأما كونه يصح الجمع بين شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربـة ؛ فـلأن كل واحدة تصح منفردة وضم الصحيح بعضه إلى بعض لا يوجب الفساد كمـا لـو ضم ماء طهور إلى مثله.

فصل [في شركة المفاوضة]

قال المصنف رحمه الله: (**الخامس: شركة المفاوضة. وهي: أن يَدخلا في الشركة الأكساب النادرة؛ كوجدان لقطة، أو ركاز، وما يحصل لهما من ميراث، وما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو أرش جناية ونحو ذلك. فهذه شركة فاسدة**).

أما كون الخامس من أضرب الشركة شركة المفاوضة؛ فلأنه يلي الرابع.

وأما قول المصنف رحمه الله: وهي أن يدخلا في الشركة الأكساب النادرة فبيان لمعنى شركة المفاوضة.

وأما قوله: كوجدان لقطة ... إلى ونحو ذلك فتعداد لصور من صور الأكساب النادرة وبيان لها.

وأما كونها فاسدة؛ فلأن ذلك عقد يكثر فيه الغرر فلم يصح كبيع الثمرة قبل بدو صلاحها. ودليل الغرر: أن[1] ما يلزم أحدهما من غرم يلزم الآخر وقد يفسد العقد بدون هذا.

ولأنه عقد لم يرد الشرع بمثله فلم يصح. أو عقد لا يصح بين المسلم والكافر فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة.

فإن قيل: فقد قال النبي ﷺ: «إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة».

ولأنها نوع شركة مختص باسم فكانت صحيحة كشركة العنان.

---

(١) ساقط من هـ.

قيل: أما الخبر فلا يعرف، ولا رواه أصحاب السنن ثم ليس فيه ما يدل على إرادة هذه الشركة. فتحمل على المفاوضة في الحديث، ولهذا روي فيه[1]: «ولا تجادلوا فإن المجادلة من الشيطان».

وأما القياس فلا يصح واختصاص الشيء باسم لا يقتضي صحته. دليله بيع المنابذة والملامسة ونحوهما.

(١) ساقط من هـ.

باب المساقاة

المساقاة: أن يُسَلِّم الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه، وعمل سائر ما يحتاج إليه، بجزء معلوم له من ثمره. وسميت مساقاة لأنها مفاعلة من السقي؛ لأن أهل الحجاز أكثر حاجتهم إلى السقي لأنهم كانوا يسقون من الآبار.

والأصل فيها «أن النبي ﷺ عاملَ أهلَ خيبرَ بشطرِ[1] ما يخرجُ منها من ثَمَرٍ أو زَرْعٍ»[2] حديث صحيح متفق عليه.

قال المصنف رحمه الله: **(تجوز المساقاة في النخل، وكل شجر له ثمر مأكول ببعض ثمرته)**.

أما كون المساقاة تجوز في النخل؛ فلما تقدم من معاملة النبي ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها.

ولأن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم فعلوا ذلك.

ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة؛ لأن أرباب الثمار لا يتمكنون من عملها، والأكثر يحتاجون إلى الانتفاع بما يحصل لهم من غلتها فشرعت لذلك.

وأما كونها تجوز في كل شجر له ثمر مأكول؛ فلأن ذلك مساو للنخل معنى فوجب أن يساويه حكماً.

---

(١) في هـ: بشرط.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٠٤) ٢: ٨٢٠ كتاب المزارعة، باب إذا لم يشترط البذور في المزارعة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥١) ٣: ١١٨٦ كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع.

وأما قول المصنف رحمه الله: ببعض ثمرته ففيه تنبيه على أنه لا بد وأن يكون نصيب العامل من المساقى عليه.

ولأنه لا بد وأن يكون مشاعاً. وقد تقدم ذكر ذلك في الشركة[1].

فإن قيل: الحديث المتقدم ذكره منسوخ بما روى رافع بن خديج «أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة»[2]. وذلك معاملة أهل خيبر.

قيل: هذا حديث مضطرب جداً. وقد فسره رافع في بعض الروايات بما لا يختلف في فساده. فروى البخاري بإسناده عن رافع قال: «كنا نُكري الأرض بالناحيةِ. فربما يصابُ ذلكَ وتَسْلَمُ الأرض، وربما تصابُ الأرضُ ويسلَمُ ذلك فنُهينَا»[3].

وروى البخاري ومسلم بإسنادهما عن طاووس قال: «إنّ أعلمَكمْ -يعني ابن عباس- أخبرني أن النبي ﷺ لمْ ينهَ عنهُ. ولكن قال: لأن يمنحَ أحدكمْ أخاهُ خيرٌ لهُ منْ أنْ يأخذَ عليهِ خراجاً معلوماً»[4].

وقد اشتهر عن النبي ﷺ أنه لم يرجع عن معاملة أهل خيبر حتى مات ثم عمل به أبو بكر حتى مات. ثم عمر حتى أجلى اليهود فكيف يكون منسوخاً؟.

قال: (**وتصح بلفظ المساقاة والمعاملة وما في معناهما. وتصح بلفظ الإجارة في أحد الوجهين. وقد نص أحمد رحمه الله في روايةِ جماعة فيمن قال: أجرتك**

---

(١) ص: ٣٨٢.

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٣٩١٧) ٧: ٤ كتاب الأيمان والنذور، ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٠٢) ٢: ٨٢٠ كتاب المزارعة، باب قطع الشجر و النخل.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٠٥) ٢: ٨٢١ كتاب المزارعة، باب إذا لم يشترط السنين في المزارعة. وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٠) ٣: ١١٨٤ كتاب البيوع، باب الأرض تمنح.

هذه الأرض بثلث ما يخرج منها أنه يصح . وهذه مزارعة بلفظ الإجارة . ذكره أبو الخطاب .

وقال أكثر أصحابنا: هي إجارة . والأول أقيس وأصح).

أما[1] كون المساقاة تصح بلفظ المساقاة ؛ فلأن ذلك فيها صريح فصحت كصحة سائر العقود بسائر صرائحها.

وأما كونها تصح بلفظ المعاملة ؛ فلما تقدم من قول الصحابي: «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر»[2] .

وأما كونها تصح بما في معنى المساقاة والمعاملة ؛ فلأن القصد المعنى فإذا أتى بما يدل عليه صح ؛ كالبيع.

وأما كونها تصح بلفظ الإجارة مثل أن يقول: استأجرتك لتعمل لي هذا الحائط حتى تكمل ثمرته بنصف ثمرته في وجه ؛ فلأنه يحصل معنى قوله: ساقيتك على ذلك بنصف ثمرته.

وأما كونها لا تصح في وجه ؛ فلأنها عقد خاص فلم تصح بلفظ الإجارة كما لا تصح الإجارة بلفظ البيع.

وأما الصحة فيما إذا قال: أجرتك هذه الأرض بثلث ما يخرج منها على منصوص الإمام أحمد فقد اختلف الأصحاب في معناها فقال أبو الخطاب: هي مزارعة بلفظ الإجارة ويشترط فيها شروط المزارعة وحكمها حكمها لأن النبي ﷺ قال: «من كانت له أرض فليزرعها ولا يكريها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى»[3] رواه أبو داود.

---

(١) في هـ: وأما.

(٢) سبق ذكره ص: ٤٢١.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٩٥) ٣: ٢٥٩ كتاب البيوع، باب في التشديد في ذلك.

⇦

ولأن هذا مجهول فلم يجز جعله عوضاً في الإجارة كثلث نماء أرض أخرى.

وقال أكثر الأصحاب: هي إجارة يشترط فيها شروط الإجارة لأنه صرح بالإجارة. والأصل في الإطلاق الحقيقة.

والأول أقيس عند المصنف وأصح لأن الحديث المتقدم يدل عليه. واللفظ قد يعدل عن حقيقته إلى مجازه إذا دل عليه الدليل، وقد دل.

قال: **(وهل تصح على ثمرة موجودة؟ على روايتين)**.

أما كون المساقاة لا تصح على ما ذكر على روايةٍ فـ «لأن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع»[1]. وذلك مفقود هاهنا.

ولأن الثمرة إذا ظهرت فقد حصل المقصود فصار بمثابة مضاربته على المال بعد ظهور الربح.

وأما كونها تصح على روايةٍ؛ فلأنها إذا صحت على الثمرة المعدومة مع كثرة الغرر؛ فلأن تصح مع وجودها وقلة الغرر فيها بطريق الأولى.

والحديث دل بنصه على صحة المساقاة قبل الظهور وبتنبيهه على صحتها بعد الظهور وفارق المضاربة من حيث إنها بعد ظهور الربح لا تحتاج إلى عمل. واشترط المصنف رحمه الله لهذه الرواية في المغني والكافي أن يبقى من العمل ما تستزاد به الثمرة كالتأبير وإصلاح الثمرة والسقي. ثم قال في المغني: فإن لم يبق من العمل شيء تزيد به الثمرة كالجذاذ لم يجز. وهذا صحيح يجب حمل إطلاقه هنا عليه.

قال: **(وإن ساقاه على شجر يغرسه ويعمل عليه حتى يُثمر بجزء من الثمرة صح)**.

أما كون المساقاة على ما ذكر تصح ؛ فلأن العمل وعوضه معلومان فصحت كالمساقاة على شجر موجود.

وأما قول المصنف: حتى يثمر ففيه تنبيه على أنه لو ساقاه على شجر يغرسه ويعمل عليه مدة لا يثمر في مثلها لم يصح لأن من شرط المساقاة أن يكون للعامل نصيب من الثمرة و لم يوجد.

قال: **(والمساقاة عقد جائز في ظاهر كلامه لا تفتقر إلى ذكر مدة. ولكل واحد منهما فسخها فمتى انفسخت بعد ظهور الثمرة فهي بينهما، وإن فسخ العامل قبل ظهورها فلا شيء له، وإن فسخ رب المال فعليه للعامل أجرة عمله، وقيل هي عقد لازم تفتقر إلى ضرب مدة تكمل الثمرة فيها).**

أما كون المساقاة عقداً جائزاً في ظاهر كلام الإمام أحمد فـ «لأن اليهود سألوا رسول ا لله ﷺ أن يقرهم بخيبر على أن يعملوها ويكون لرسول ا لله ﷺ شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع فقال رسول ا لله ﷺ: نقركم على ذلك ما شئنا »[1].

ولأنها لو كانت لازمة لم تجز بغير تقدير مدة.

ولأنه عقد على جزء من نماء المال فكان جائزاً كالمضاربة.

وأما كونها عقداً لازماً على قولٍ ؛ فلأنها عقد معاوضة فكان لازماً كالإجارة.

ولأنه لو كان جائزاً لجاز لرب المال الفسخ إذا أدركت الثمرة فيسقط حق العامل وذلك إضرار به.

وأما كونها لا تفتقر إلى ذكر مدة على القول بأنها عقد جائز ؛ فلأن النبي ﷺ لم يذكر لأهل خيبر مدة حين عاملهم.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢١٣) ٢: ٨٢٤ كتاب المزارعة، باب إذا قال رب الأرض: أقرك ما أقرك ا لله... وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥١) ٣: ١١٨٧ كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع.

ولأنها عقد جائز فلم تفتقر إلى ذكر المدة؛ كسائر العقود الجائزة.

وأما كون كل واحد من المتعاقدين له فسخها على ذلك؛ فلأن ذلك شأن كل عقد جائز.

وأما كون الثمرة بينهما إذا حصل الفسخ بعد ظهورها؛ فلأنها ظهرت على ملكهما.

وأما كون العامل إذا فسخ قبل ظهورها لا شيء له؛ فلأنه رضي بإسقاط حقه. أشبه المضارب إذا فسخ قبل ظهور الربح.

وأما كون رب المال عليه للعامل أجرة عمله إذا فسخ؛ فلأنه منعه من إتمام عمله الذي استحق به العوض. أشبه الجاعل إذا فسخ الجعالة.

وأما كونه يفتقر إلى ضرب مدة تكمل الثمرة فيها على القول بأنها[1] عقد لازم؛ فلأنها مشبهة بالإجارة فلم يكن بد من ضرب مدة يكمل فيها المقصود؛ كالإجارة.

قال: **(فإن جعلا مدة لا تكمل فيها لم تصح. وهل للعامل أجرة؟ على وجهين)**.

أما كون المساقاة فيما ذكر لا تصح[2]؛ فلأن المقصود الاشتراك في الثمرة وذلك لا يوجد في تلك المدة.

وأما كون العامل لا أجرة له[3] على وجهٍ؛ فلأنه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالمتطوع.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: فيما ذكر لا تصح فيما ذكر.

(٣) ساقط من هـ.

وأما كونه له الأجرة على وجهٍ؛ فلأن المساقاة تقتضي العوض فلا تسقط بالرضى بتركه كالوطء في النكاح.

قال: **(وإن جعلا مدة قد تكمل فيها وقد لا تكمل فهل تصح؟ على وجهين. فإن قلنا لا تصح فهل للعامل أجرة؟ على وجهين).**

أما كون المساقاة فيما ذكر تصح على وجهٍ؛ فلأن الشجر يجوز أن يحمل وأن لا يحمل. أشبه ما يحمل غالباً.

وأما كونها لا تصح على وجهٍ؛ فلأنه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم يصح كالسَّلَم.

وأما كون العامل له أجرة مثله إذا قيل بعدم الصحة ففيه وجهان وجههما[1] ما تقدم.

وقال المصنف رحمه الله في المغني بعد ذكر هذه المسألة: إن قلنا هو فاسد استحق أجرة المثل سواء حمل أو لم يحمل؛ لأنه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فكان له العوض وجهاً واحداً. بخلاف ما لو جعل الأجل إلى مدة لا يحمل في مثلها غالباً وهذا متجه؛ لأن تعليل أحد الوجهين فيما إذا كانت الشجرة لا تحمل في مدة المساقاة أنه رضي بغير عوض وهذا لا يتجه هنا.

قال: **(وإن مات العامل تمم الوارث، فإن أبى استؤجر على العمل من تركته، فإن تعذر فلرب المال الفسخ).**

أما كون وارث العامل يتمم عمل موروثه؛ فلأنه يقوم مقامه في ما له فكذا فيما عليه.

---

(١) في هـ: ووجههما.

وأما كونه يستأجر على العمل من تركته إذا أبى الوارث ذلك ؛ فلأن العمل كان عليه فوجب أن يتعلق بتركته ؛ كسائر ما عليه.

وأما كون رب المال له الفسخ إذا تعذر العمل من التركة ؛ فلأن تعذر المعوض في المعاملات يُثبت سَلْطَنَةَ الفسخ . دليله البيع.

قال: **(فإن فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما . وإن فسخ قبله فهل للعامل أجرة؟ على وجهين . وكذلك إن هرب العامل فلم يوجد له ما ينفق عليها).**

أما كون الثمرة بين العامل ورب المال إذا فسخ بعد ظهور الثمرة ؛ فلأن الثمرة حدثت على ملكهما.

وأما كون العامل له أجرة إذا فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة على وجهٍ ؛ فلأن مطلق العقد يقتضي العوض المسمى . فإذا تعذر وجب الرجوع بما يقوم مقامه.

وأما كونه لا شيء له على وجهٍ ؛ فلأن الفسخ بسبب من جهته . أشبه ما لو فسخ هو.

وأما كون حكم العامل إذا هرب فلم يوجد له ما ينفق على الثمرة حكم ما إذا مات ؛ فلأنهما اشتركا في تعذر العمل وتضرر رب المال بتعذر الفسخ فوجب اشتراكهما فيما ذكر ؛ لأن الاشتراك معنى يوجب الاشتراك حكماً.

قال: **(وإن عمل فيها رب المال بإذن حاكم أو إشهاد رجع به ، وإلا فلا).**

أما كون رب المال يرجع بما عمله بإذن حاكم ؛ فلأن الحاكم نائب عن الغائب.

وأما كونه يرجع بما عمله بإشهادٍ فينظر فيه فإن كان ذلك عند تعذر استئذان الحاكم رجع به ؛ لأنه معذور لعدم القدرة على الاستئذان ، وليس بمتبرع بدليل

الإشهاد، وإن كان ذلك عند القدرة على الاستئذان ففيه وجهان مبنيان على من قضى دين الغير بغير إذنه.

وأما كونه لا يرجع إذا لم يوجد إذن ولا إشهاد؛ فلأنه متبرع ظاهراً.

فصل [فيما يلزم العامل ورب المال]

قال المصنف رحمه الله: (**ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة، وزيادتها من السقي، والحرث، والزبار، والتلقيح، والتشميس، وإصلاح طرق الماء، وموضع التشميس، ونحوه. وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل: من سد الحيطان، وإجراء الأنهار، وحفر البئر، والدولاب، وما يديره. وقيل: ما يتكرر كل عام فهو على العامل، وما لا فلا**).

أما كون العامل يلزمه جميع ما ذكره المصنف مفصلاً على المذهب؛ فلأن العامل إنما يراد لأجل الثمرة فاقتضى أن يكون عليه ما يؤدي إلى صلاحها وزيادتها، وجميع ما ذكر يؤدي إلى ذلك.

وأما كون ما يتكرر كل عام عليه في قول؛ فلأنه يتعلق بعمله فكان عليه كالحرث.

وظاهر ما ذكر أن الذي يلقح به على العامل لأنه مما يتكرر.

وقال المصنف في المغني: وقيل ما يتكرر كل عام على العامل إلا ما يلقح به فإنه على المالك وإن تكرر لأنه ليس بعمل. فيجب حمل كلامه هنا عليه لئلا يتناقض، ولما ذكر من الدليل.

وأما كون رب المال عليه ما فيه حفظ الأصل لا غير على المذهب: أما كونه عليه ذلك؛ فلأن الأصل له فكان ما يراد لحفظه عليه.

وأما كونه ليس عليه غير ذلك؛ فلعدم العلة المذكورة.

وأما كونه عليه ما لا يتكرر كل عام في قولٍ ؛ فلأن ذلك لا تعلق للعمل به . أشبه ما فيه حفظ الأصل.

وأما قول المصنف: من سد الحيطان ... إلى آخره فتعداد لصور فيها حفظ الأصل، وبيان لها . وكل ذلك على رب المال لما تقدم ذكره.

فعلى هذا ما يدير الدولاب من بقر ونحوه على رب المال لأنه مما ذكر، وبذلك صرح أصحابنا.

وقال المصنف في المغني: ذلك على العامل لأنه يراد للعمل كبقر الحرث.

ولأن سقي الماء عليه إذا لم يحتج إلى دابة فكذا هاهنا . وهذا اختياره لا نقل عن غيره.

قال: **(وحكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وما يرد . وإن ثبتت خيانته ضم إليه من يشارفه . فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل العمل).**

أما كون حكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وما يرد ؛ فلأن العامل في المساقاة أمين رب المال فوجب أن يكون حكمه حكم المضارب فيما ذكر لاشتراكهما في كونهما أميني رب المال.

وأما كونه يضم أمين إلى العامل يشارفه إذا ثبتت خيانته ؛ فلأنه أمكن دفع الضرر عن رب المال بذلك مع إمضاء العامل على عمله.

وأما كونه يستأجر من يعمل العمل من مال العامل إذا لم يمكن حفظه ؛ فلأنه تعذر استيفاء العمل منه فاستوفي بغيره كما لو هرب.

قال: **(وإذا شرط إن سقى سيحاً فله الربع . وإن سقى بكلفة فله النصف . وإن زرعها شعيراً فله الربع . وإن زرعها حنطة فله النصف لم يصح في أحد الوجهين .**

وإن قال: ما زرعت من شعير فلي ربعه، وما زرعت من حنطة فلي نصفه. أو ساقيتك هذا البستان بالنصف على أن أساقيك الآخر بالربع لم يصح وجهاً واحداً).

أما كون المساقاة لا تصح فيما إذا شرط إن سقى سيحاً فله الربع، وإن سقى بكلفة فله النصف. وإن زرعها شعيراً فله الربع، وإن زرعها حنطة فله النصف في وجهٍ؛ فلأن العمل مجهول.

ولأنه في معنى بيعتين في بيعه وهو قوله: بعتك بعشرة نقداً أو بعشرين نسأ.

وأما كونها تصح في وجه؛ فلأنه في معنى إن خطته روميا فلك كذا، وإن خطته فارسياً فلك كذا، وقد صح هناك في روايةٍ فليكن هنا مثله[1].

وأما كونها لا تصح وجهاً واحداً فيما إذا قال: ما زرعت من شعير فلي ربعه، وما زرعت من حنطة فلي نصفه؛ فلأن ما يزرعه من كل واحد من الصنفين مجهول القدر فجرى مجرى ما لو شرط في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف النوع الآخر وهو جاهل بما فيه منهما.

وأما كونها لا تصح وجهاً واحداً فيما إذا قال: ساقيتك هذا البستان بالنصف على أن أساقيك الآخر بالربع؛ فلأنه شرط عقداً في عقد فلم يصح؛ كما لو قال: بعتك هذا بكذا على أن أبيعك هذا بكذا.

---

(١) ر ص: ٤٤٤.

فصل في المزارعة

قال المصنف رحمه الله: **(وتجوز المزارعة بجزء معلوم يُجعل للعامل من الزرع. فإن كان في الأرض شجر فزارعه الأرض وساقاه على الشجر صح. ولا يشترط كون البذر من رب الأرض، وظاهر المذهب اشتراطه)**.

أما كون المزارعة تجوز؛ فلما تقدم من «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع»[1] متفق عليه.

قال البخاري: قال أبو جعفر: ما بالمدينةِ أهلُ بيتٍ إلا ويزرعونَ على الثلثِ والربع[2].

وعنه قال: «عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ثم أهلوهم إلى اليوم».

وأما كون المزارعة والمساقاة تصح فيما إذا كان في الأرض شجر فزارعه الأرض، وساقاه على الشجر؛ فلأن كل واحد منهما عقد لو انفرد لصح فإذا اجتمعا وجب أن يصحا كحالة الانفراد.

وأما ما يشترط لصحة المزارعة فأمور:

منها: كون نصيب العامل مشاعاً معلوماً. وقد تقدم ذكر دليله في الشركة ومساواة حكم المزارعة لحكم المساقاة فيما ذكر[3].

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٢١.

(٢) ذكره البخاري في صحيحه معلقاً ٢: ٨٢٠ كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه.

(٣) ر ص: ٣٨٢.

وثانيها: كون البذر من رب الأرض في ظاهر المذهب؛ لأن المزارعة عقد يشترك العامل ورب الأرض في نمائه. فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة. وروي عن الإمام أحمد أنه لا يشترط ذلك. وهو اختيار المصنف لأن ابن عمر قال: «دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها»[1].

وفي لفظ: «على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها»[2] أخرجهما البخاري.

فجعل عملها[3] من أموالهم وزرعها عليهم، ولم يذكر شيئاً آخر. وظاهره كون البذر من أهل خيبر.

وروى البخاري «أن عمر رضي الله عنه عاملَ الناسَ على أنه إن جاءَ بالبذرِ من عندِهِ فلهُ الشطرُ وإن جاؤا بالبذرِ فلهمْ كذَا»[4].

وهذه الرواية هي أصح دليلاً لأن دليل المذهب قياس في مقابلة النص. ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان وبدن صاحب أحدهما.

قال: **(وإن شرط أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسما[5] الباقي، أو شرط لأحدهما قفزاناً معلومة، أو دراهم معلومة[6]، أو زرع ناحية معينة من الأرض فسدت المزارعة والمساقاة. ومتى فسدت فالزرع لصاحب البذر وعليه أجرة صاحبه. وحكم المزارعة حكم المساقاة فيما ذكرنا).**

---

(١) أخرجه النسائي في سننه (٣٩٣٠) ٧: ٥٣ كتاب الأيمان والنذور، ذكر اختلاف الألفاظ المأثورة في المزارعة. ولم أجد هذا اللفظ عند البخاري.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٠٦) ٢: ٨٢١ كتاب المزارعة، باب المزارعة مع اليهود.

(٣) في هـ: عملهما.

(٤) ذكره البخاري في صحيحه معلقاً ٢: ٨٢٠ كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه.

(٥) في هـ: ويقتسمان.

(٦) ساقط من هـ.

أما كون المزارعة والمساقاة تفسد بكل واحد من الشروط المذكورة؛ فلأن كل واحد منها غير جائز. فوجب أن يفسد عقده؛ كما لو باعه شيئاً وشرط عليه أن لا يبيعه. بيان عدم جواز كل واحد مما ذكر.

أما شرط أخذ رب الأرض مثل بذره؛ فلأن ذلك بمنزلة ما لو شرطه له.

وأما شرط قفزان معلومة لأحدهما؛ فلأنه ربما لا يخرج من الأرض مثل ذلك فيؤدي إلى ضرر المعطي للزائد.

وأما شرط دراهم معلومة لأحدهما؛ فلأنه ربما لا يخرج من الأرض ما يساوي ذلك فيؤدي إلى الضرر المذكور قبل.

وأما شرط زرع ناحية معينة؛ فلأن ذلك منهي عنه في الحديث.

وأما كون الزرع لصاحب البذر مع فساد المزارعة؛ فلأنه نماء بذره.

وأما كون أجرة صاحبه عليه؛ فلأنه دخل على أنه يأخذ مما سمي له. فإذا فات رجع إلى بدله.

ولأنه لم يرض بالعمل مجاناً.

وأما كون حكم المزارعة حكم المساقاة فيما تقدم ذكره من الجواز واللزوم وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك؛ فلأنهما سواء معنى فكذا يجب أن يكون حكماً.

قال: (**والحصاد على العامل. نص عليه. وكذلك الجذاذ. وعنه: أن الجذاذ عليهما**).

أما كون الحصاد على العامل على منصوص الإمام أحمد؛ فـ « لأن النبي ﷺ دفع خيبر إلى يهود خيبر على أن يعملوها من أموالهم »[1]. وهذا من العمل الذي لا يستغني عنه الزرع.

وأما كون الجذاذ كذلك على المذهب فلما ذكر في الحصاد.

وأما كونه عليه وعلى رب الشجر على روايةٍ؛ فلأنه يوجد بعد تكامل النماء.

والأول أولى لما ذكر.

ودليل الثانية: ينتقض بالتشميس.

قال: **(وإذا قال: أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي، وتسقيها بمائك، والزرع بيننا فهل يصح؟ على روايتين. وإن زارع شريكه في نصيبه صح)**.

أما كون المساقاة فيما إذا قال: أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي وتسقيها بمائك لا تصح على روايةٍ وهي اختيار القاضي؛ فلأن العوض الذي في مقابلته الماء مجهول.

وأما كونها تصح على روايةٍ وهي اختيار أبي بكر؛ فلأنه لما جاز أن يؤجر الأرض ببعض الخارج منها وهو مجهول جاز أن يجعل عوض الماء كذلك.

قال المصنف في المغني: الأولى أصح وأقيس لأنها لا تتحقق مزارعة، ولا يجوز أن يستأجر الماء ولا أن يبتاع بعوض معلوم فكيف إذا كان مجهولاً. وأجاب عن إجارة الأرض ببعض الخارج بالمنع وبتقدير التسليم يطلب الجامع.

وأما كون مزارعة الشريك لشريكه في نصيبه تصح؛ فلأن ذلك بمنزلة شراء الشريك نصيب شريكه وذلك جائز فكذا هذا.

---

(١) سبق ذكره ص: ٤٣٤.

باب الإجارة

الإجارة جائزة بالكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق:٦]، وقوله تعالى: ﴿قالت إحداهما يا أبتِ استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين﴾ [القصص:٢٦]، وقوله: ﴿إني أريد أن أُنْكِحَكَ إحدى ابنتي هاتين على أن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص:٢٧].

وأما السنة فثبت «أن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرَا رجلاً من بني الدِّيلِ هَادِياً خِرِّيتاً»[1].

وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «يقولُ اللهُ تعالى: ثلاثةٌ أنا خصمهمْ يومَ القيامةِ: رجلٌ أعطى بي ثمَّ غَدرْ، ورجلٌ باعَ حُراً وأكلَ ثمنهُ، ورجلٌ استأجرَ أجيراً فاستوفَى منهُ ولم يوفِّهِ أجرَهُ»[2]. والأخبار في هذا كثير.

وأما الإجماع فأجمع أهل العلم على جواز الإجارة في الجملة.

قال المصنف رحمه الله: **(وهي: عقد على المنافع. تنعقد بلفظ الإجارة والكراء وما في معناهما. وفي لفظ البيع وجهان).**

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٤٥) ٢: ٧٩٠ كتاب الإجارة، باب إذا استأجر أجيراً ليعمل له بعد ثلاثة أيام...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١١٤) ٢: ٧٧٦ كتاب البيوع، باب إثم من باع حراً.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٤٢) ٢: ٨١٦ كتاب الرهون، باب أجر الأجراء.
وأخرجه أحمد في مسنده (٨٦٧٧) ٢: ٣٥٨.

أما قوله رحمه الله: وهي عقد على المنافع فبيان لمعنى الإجارة ليحصل به معرفة حقيقتها وتمييزها عن الأعيان.

وأما كونها تنعقد بلفظ الإجارة والكراء؛ فلأنهما موضوعان لذلك.

وأما كونها تنعقد بلفظ البيع في وجه؛ فلأنها حقيقة فانعقدت بلفظه كسائر أنواعه.

وأما كونها لا تنعقد به في وجه؛ فلأن فيها معنى خاصاً فافتقرت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى.

ولأن الإجارة تضاف إلى العين التي يضاف البيع إليها إضافة واحدة فاحتيج لفظ يفرق بينهما كالعقود المتباينة.

ولأنها تخالف البيع في الاسم والحكم . أشبهت النكاح.

[فصل في شروط الإجارة]

قال: (**ولا تصح إلا بشروط ثلاثة:**

أحدها: معرفة المنفعة: إما بالعرف كسكنى الدار شهراً أو خدمة العبد سنة، وإما بالوصف كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معين وبناء حائط يذكر طوله وعرضه وسمكه وآلته وإجارة أرض معينة لزرع كذا أو غرس أو بناء معلوم).

أما كون الإجارة لا تصح إلا بشروط ثلاثة فلما يأتي في مواضعها.

وأما كون أحد شروط صحة الإجارة: معرفة المنفعة؛ فلأن الإجارة بيع، والبيع لا يصح إلا بمعرفة المبيع.

وأما طريق المعرفة فأمران:

أحدهما: العرف.

وثانيهما: الوصف؛ لأن كل واحد منهما تتميز به المنفعة. وذلك هو المطلوب.

وأما قول المصنف رحمه الله: كسكنى الدار شهراً وخدمة العبد سنة فتمثيل لحصول معرفة المنفعة.

وقوله: كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معين وبناء حائط... إلى قوله: وآلته فتمثيل لحصول المنفعة بالوصف. وإنما اشترط الوزن والمسافة في الزبرة،

وذكر الطول والعرض والسمك والآلة في بناء الحائط لأن المعرفة لا تحصل إلا بذلك.

ولأن الغرض يختلف باختلاف ذلك فلم يكن بُدٌّ من ذكره.

وأما قوله: وإجارة أرض معينة لزرع كذا أو غرس أو بناء معلوم فبيان لأن إجارة الأرض تارة تكون لزرع وتارة لغرس وتارة لبناء. وفيه تنبيه على اشتراط ما ذكر لأن الغرض يختلف باختلافه فاشترط ذكره؛ كالصفات التي يختلف الثمن بسببها في السلم.

قال: **(وإذا استأجر للركوب: ذكر المركوب فرساً أو بعيراً ونحوه[1]. فإن كان للحمل لم يحتج إلى ذكره).**

أما كون المستأجر يذكر المركوب إذا كانت الإجارة للركوب؛ فلأن غرض الراكب يختلف فلم يكن بد من ذكره نفياً للنزاع.

وأما كونه لا يحتاج إلى ذلك إذا كانت الإجارة للحمل؛ فلأن الغرض في ذلك لا يختلف.

(١) في هـ: أو نحوه.

فصل [الشرط الثاني]

قال المصنف رحمه الله: (**والثاني: معرفة الأجرة بما يحصل به معرفة الثمن. إلا أنه يصح أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته، وكذلك الظِّئْر. ويستحب أن تعطى عند الفطام عبداً أو وليدة إذا كان المسترضع موسراً**).

أما كون الثاني من شروط صحة الإجارة[1]: معرفة الأجرة بما يحصل به معرفة الثمن غير المستثناة؛ فلأن الأجرة أحد العوضين فاشترط معرفتها بما ذكر؛ كالعوض في البيع.

وأما كون إجارة الأجير بطعامه وكسوته تصح؛ فلأن النبي ﷺ قال: «رحمَ الله أخي موسى آجرَ نفسهُ ثماني سنينَ على طعامَ بَطنْه[2] وعِفّةِ فَرْجِه»[3] رواه ابن ماجة.

ولأن العادة جارية به من غير نكير. أشبه الإجماع.

وأما كون إجارة الظِّئْر وهي المرضعة كذلك؛ فلأنها في معنى الأجير بل أولى لأن الحاجة تدعو إلى الرضاع أكثر من غيره.

---

(١) في هـ: الإجارة صحة.

(٢) في هـ: نفسه.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٤٤) ٢: ٨١٧ كتاب الرهون، باب إجازة الأجير على طعام بطنه.
قال في الزوائد: إسناده ضعيف لأن فيه بقية، وهو مدلس وليس لبقية هذا عند ابن ماجة سوى هذا الحديث. وليس له شيء في بقية الكتب الخمسة.

وأما كونها يستحب أن تعطى عند الفطام عبداً أو وليدة إذا كان المسترضع موسراً؛ فلما روي «أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ: ما ينهبُ عَني مَذمّةَ[1] الرضَاعِ؟ قال: الغرةُ: العبدُ أوِ الأمَة»[2] رواه أبو داود.

ولأن في ذلك إبقاء لحياته فاستحب جعل الجزاء رقبة للتناسب.

قال: **(وإن دفع ثوبه إلى قصار أو خياط ليعملاه ولهما عادة بأجرة صح ولهما ذلك وإن لم يعقدا عقد إجارة. وكذلك دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح)**.

أما كونه يصح أن يدفع الثوب إلى من ذكر كما ذكر إذا كان للمدفوع إليه عادة بأخذ الأجرة وكونه له الأجرة المعروفة؛ فلأن العرف يجري مجرى الشرط. دليله ما لو باع شيئاً وأطلق الثمن وللبلد نقد واحد معروف.

ولأن[3] شاهد الحال يقتضي أخذ الأجرة. أشبه ما لو عرّض له فقال: خذه وأنا أعلم أنك إنما تعمل بالأجرة.

وأما كون دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح كذلك؛ فلاشتراك الجميع في العرف الجاري مجرى الشرط.

ومفهوم كلام المصنف رحمه الله أن أحد هؤلاء متى لم تكن له عادة بأخذ الأجرة لا يستحق شيئاً[4] إلا أن يَشْرِط له. وصرح المصنف بذلك في الخياط والقصار فقال في المغني بعد ذكر المسألة: فإن لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا

---

(١) في هـ: مدة.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٦٤) ٢: ٢٢٤ كتاب النكاح، باب في الرضخ عند الفصال.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٥٣) ٣: ٤٥٩ كتاب الرضاع، باب ما جاء ما ينهب مذمة الرضاع.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٢٩) ٦: ١٠٨ كتاب النكاح، حق الرضاع وحرمته.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) في هـ: فلأن.

(٤) زيادة من ج.

الأجرة إلا بالعقد أو شرط العوض أو تعريض به لأنه لم يجر بذلك عرف يقوم مقام العقد.

قال: **(وتجوز إجارة دار بسكنى دار وخدمة عبد وترويج امرأة)**[1].

أما كون إجارة دار تجوز بسكنى دار وخدمة عبد؛ فلأن كل واحد منهما يجوز في مقابلته بالعوض فجاز أن يكون[2] عوضاً في الإجارة كالدراهم والدنانير.

ولأن ذلك يكون عوضاً في البيع، والإجارة مثله لأنها بيع المنافع.

وأما كونها تجوز بترويج امرأة؛ فلأن ما ذكر قبل يجري فيه فوجب أن يلحق به.

قال: **(وتجوز إجارة الحلي بأجرة من جنسه. وقيل: لا تصح)**.

أما كون إجارة الحلي تجوز بأجرة من جنسه على المذهب والمراد به صحتها؛ فلأن الحلي عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها. أشبهت الدور والأراضي.

وأما كونها لا تصح على وجهٍ؛ فلأنها تحتك بالاستعمال فيذهب منها أجزاء وإن كانت يسيرة، وتحصل الأجرة التي من جنسها في مقابلة ذلك الانتفاع[3] فيفضي إلى بيع ذهب بذهب وشيء آخر، أو فضة بفضة وشيء آخر.

والأول أولى؛ لما ذكر. والأجرة في مقابلة الانتفاع لا غير فيزول الإشكال.

قال: **(وإن قال: إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وإن خطته[4] غداً فلك نصف درهم فهل يصح؟ على روايتين)**.

---

(١) في هـ: وترويج أمة.

(٢) في هـ: يكونا.

(٣) في هـ: والانتفاع.

(٤) في هـ: خطه.

أما كون ذلك يصح على روايةٍ ؛ فلأن في ذلك غرضاً صحيحاً تدعو الحاجة إليه فوجب أن يصح تحصيلاً لتلك الحاجة.

وأما كونه لا يصح على روايةٍ ؛ فلأنه عقد واحد اختلف عوضه بالتقديم والتأخير فلم يصح ؛ كما لو قال: بعتك بعشرة نقداً أو بعشرين نسأ.

قال: **(وإن قال: إن خطته رومياً فلك درهم، وإن خطته فارسياً فلك نصف درهم فعلى وجهين).**

أما الخلاف المذكور من الوجهين فمخرج على الخلاف المتقدم من الروايتين.

وأما معنى الرومي ... ، وأما معنى الفارسي ...[1].

قال: **(وإن أكراه دابة وقال: إن رددتها اليوم فكراؤها خمسة، وإن رددتها غداً فكراؤها عشرة. فقال أحمد: لا بأس به. وقال القاضي: يصح في اليوم الأول دون الثاني).**

أما كون ما ذكر لا بأس به على ما قال الإمام أحمد ؛ فلأنه لا يؤدي إلى التنازع.

وأما كونه يصح في اليوم الأول دون الثاني على قول القاضي ؛ فلأن المؤجر في اليوم الأول معلوم دون الثاني.

قال: **(وإن أكراه دابة عشرة أيام بعشرة دراهم فما زاد فله بكل يوم درهم فقال أحمد: هو جائز. وقال القاضي: يصح في العشرة وحدها).**

أما كون ذلك جائزاً على قول الإمام أحمد فلما يأتي من حديث علي رضي الله عنه.

---

(١) كذا في هـ ، و في ج ترك فراغاً مقداره أربع كلمات بعد قوله: وأما معنى الرومي ، وكذا بعد قوله : وأما معنى الفارسي.

وأما كونه يصح في العشرة وحدها على قول القاضي؛ فلأن المؤجر الذي يقابله العشرة معلوم دون ما بعده.

قال: **(ونص أحمد على أنه لا يجوز أن يكتري لمدة غزاته. وإن سمى لكل يوم شيئاً معلوماً فجائز).**

أما كونه لا يجوز أن يكتري لمدة غزاته على المنصوص؛ فلأن ذلك مجهول.

وأما كونه يجوز أن يسمي لكل يوم شيئاً معلوماً؛ فـ «لأن علياً آجر نفسه كل دلو بتمرة»[1]. ولم ينكره النبي ﷺ. وهذا في معناه.

ولأن ما يقابل كل يوم من المدة معلوم الأجرة. أشبه ما لو قال: أجرتكها سنة كل يوم بدرهم، أو قال: استأجرتك لنقل هذه الصبرة كل قفيزٍ منها بدرهم.

قال: **(وإن أكراهُ كل شهرٍ بدرهم، أو كل دلو بتمرة، فالمنصوص أنه يصح، وكلما دخل شهر[2] لزمهما حكم الإجارة. ولكل واحدٍ الفسخ عند تَقَضِّي كل شهر. وقال أبو بكر وابن حامد: لا يصح).**

أما كون ما ذكر يصح على المنصوص؛ فلما تقدم من حديث علي[3]، وعدم إنكار النبي ﷺ.

وأما كونه لا يصح ويلزمهما حكم الإجارة كلما دخل شهر[4]؛ فلأن دخوله بمنزلة إيقاع العقد على عينه ابتداء.

وأما كون كل واحدٍ منهما له الفسخ عند تَقَضِّي كل شهر؛ فلأن اللزوم إنما كان لأجل الدخول المنزّل منزلة إيقاع العقد ابتداء ولم يوجد بعد.

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١١٣٥) ١: ١٣٥.
(٢) في هـ: شهراً.
(٣) سبق قريباً.
(٤) في هـ: شهراً.

وأما كون ما تقدم ذكره لا يصح على قول أبي بكر وابن حامد؛ فلأن مدة الإجارة مجهولة.

فصل [الشرط الثالث]

قال المصنف رحمه الله: **(الثالث: أن تكون المنفعة مباحة مقصودة فلا تجوز الإجارة على الزنا والزمر والغناء، ولا إجارة الدار لتجعل كنيسة أو بيت نار أو لبيع الخمر).**

أما كون الثالث من شروط الإجارة: أن تكون المنفعة مباحة مقصودة؛ فلأن المنفعة المحرمة مطلوبة العدم، وصحة الإجارة تنافيها لأنها تقضي كثرة إيقاعها.

ولأن المنفعة المحرمة لا يجوز مُقابَلَتُها بالعوض في البيع فكذا في الإجارة.

ولأن ما لا يقصد لا يقابل بالعوض.

وأما كون الإجارة لا تجوز على الزنا ولا على الزمر ولا على الغناء؛ فلأن جميع ذلك محرم.

وأما كون إجارة الدار لتجعل كنيسة أو بيت نار أو لبيع الخمر لا يجوز؛ فلأن في ذلك إعانة على المعصية. أشبه الإجارة للزنا.

قال: **(ولا يصح الاستئجار على حمل الميتة والخمر. وعنه: يصح ويكره أكل أجرته).**

أما كون الاستئجار على حمل ما ذكر لا يصح على المذهب؛ فلأنه استئجار لفعل محرم فلم يصح؛ كغيره من المحرمات.

وأما كونه يصح على رواية؛ فلأن الفعل لا يتعين عليه.

ولأنه يجوز حمله[1] لإراقته فكذا حمله لغيره.

وأما كونه يكره أكل أجرته؛ فللاختلاف في حرمته.

(١) ساقط من هـ.

فصل [في أنواع الإجارة]

قال المصنف رحمه الله: (**والإجارة على ضربين:**

أحدهما: إجارة عين، فيجوز إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها، فيجوز له استئجار حائط ليضع عليه أطراف خشبه، وحيوان ليصيد به إلا الكلب، واستئجار كتاب ليقرأ فيه إلا المصحف في أحد الوجهين، واستئجار النقد للتحلي والوزن لا غير. فإن أطلق الإجارة لم تصح في أحد الوجهين وتصح في الآخر، وينتفع بها في ذلك).

أما كون [الإجارة على ضربين؛ فلأنها تارة تكون على العين، وتارة تكون على عمل في الذمة.

وأما كون][1] إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها يجوز؛ فلأن الشروط المعتبرة مجتمعة فيها.

فعلى هذا يجوز استئجار حائط ليضع عليه أطراف خشبه؛ لأن الحائط عين يمكن استيفاء المنفعة منها مع بقائها، واستئجار حيوان غير كلب له ليصيد به لما ذكر. وإنما لم يجز في الكلب لأن إجارته كبيعه وبيعه غير جائز فكذا إجارته، واستئجار كتاب غير مصحف ليقرأ فيه لما تقدم.

وأما إجارة المصحف ففيها وجهان مخرجان على بيعه.

---

(١) ساقط من هـ

واستئجار النقد للتحلي والوزن لما تقدم ولا يجوز لغير ذلك من إنفاق وغيره لأن فيه إذهاباً لعينه، وبقاؤها شرط.

فعلى هذا إذا أطلق الإجارة فهل تصح؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح ويكون قرضاً. ذكره القاضي لأن الإجارة تقتضي الانتفاع، والانتفاع بالدراهم والدنانير المعتاد إنما هو بأعيانهما فإذا أطلق الانتفاع حمل على العرف.

وثانيهما: يصح. ذكره أبو الخطاب لأن المنفعة المستوفاة منهما بالإجارة المنفعة في التحلي والوزن وهما متقاربان فوجب أن يحمل الإطلاق عليهما؛ كاستئجار الدار مطلقاً فإنه يتناول السكنى ووضع المتاع فيها.

فعلى هذا ينتفع بهما في الوزن والتحلي لأنهما اللذان حمل العقد عليهما.

قال: **(ويجوز استئجار ولده لخدمته وامرأته لرضاع ولده وحضانته)**.

أما كون استئجار الولد لخدمة والده يجوز؛ فلأنه يجوز أن يؤجره من الأجنبي فجاز من نفسه بالقياس عليه.

وأما كون استئجار امرأته لرضاع ولده يجوز؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق:٦]، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ترضع لكم الحمقاء»[1] فدل بمفهومه على جواز استرضاع غيرها.

ولأن كل عقد صح مع غير الزوج صح معه؛ كالبيع.

ولأن منافعها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج بدليل أنه لا يملك إجبارها على ذلك.

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٤٦٤ كتاب الرضاع، باب ما ورد في اللبن يشبه عليه. مرسلاً.

قال صاحب النهاية فيها: النهي في الحديث نهي شفقة لأن الحمق مرض والمرض يضر بالولد.

وقال: الحضانة تربية الولد ودهنه ومعاهدته بالكحل والغسل لأقذاره وأوساخه وإصلاح طعامه.

قال: **(ولا تصح إلا بشرط خمسة:**

أحدها: أن يعقد على نفع العين دون أجزائها، فلا تصح إجارة الطعام للأكل، ولا الشمع ليشعله، ولا حيوان ليأخذ لبنه. إلا في الظئر، ونقع البئر يدخل تبعاً).

أما كون إجارة العين لا تصح إلا بالشروط الخمسة المذكورة فلما يأتي ذكره في كل واحد منها.

وأما كون أحد الشروط المذكورة: أن يعقد على نفع العين دون أجزائها فيما عدا المستثنى؛ فلأن الإجارة عقد على المنافع فإذا وقع على الأجزاء لم تكن إجارة.

فعلى هذا لا تصح إجارة شيء مما ذكر المصنف كما ذكره لأنها إجارة على جزء لا على عين[1].

وأما كون إجارة الظئر وهي المرضعة تصح؛ فلما تقدم من قوله: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق:٦].

و «لأن النبي ﷺ استرضع ولده إبراهيم».

ولأن الحاجة تدعو إليه. أشبه سائر المنافع.

وأما كون إجارة نقع البئر يصح؛ فلأن الحاجة تدعو إليه. أشبه لبن الظئر.

---

(١) في هـ: نفع.

وأما قول المصنف رحمه الله: يدخل تبعاً فيحتمل أنه عائد إلى نقع البئر لأنه أفرد الضمير، ويحتمل أنه عائد إلى الظئر ونقع البئر. وبه صرح غيره فقال: إلا في الظئر ونقع البئر فإنهما يدخلان تبعا.

فعلى هذا يكون في الكلام إشعار بأن المعقود عليه في الظئر غير اللبن. واختلف الأصحاب في ذلك: فمنهم من قال: هو الخدمة، واللبن تبعاً؛ كالصبغ في إجارة الصباغ لأن اللبن لو كان معقوداً عليه لاستحق بالإجارة عين من الأعيان. ومنهم من قال: هو اللبن.

قال القاضي: هو أشبه لأنه لو كان الخدمة لما وجب على الظئر سقي الولد[1] اللبن فيكون استحقاق العين بالإجارة. وخصه لموضع الحاجة لأن غيره لا يقوم مقامه ولهذا جاز في الآدمي دون غيره من الحيوان لأن الحاجة تدعو إلى حفظه وإبقائه بخلاف غيره. ولقائل أن يقول: استثناء لبن الظئر مما لا تجوز إجارته لكونه لا ينتفع به إلا بذهاب عينه مع القول بأنه يدخل تبعاً لا يصح؛ لأن المعقود عليه إن كان الخدمة فلا يصح استثناؤها مما ذكر لكونها ليست من جنس المستثنى منه لأن خدمة المرضعة نفع مع بقاء العين، وإن كان اللبن فلا يصح قوله: يدخل تبعاً لأنه معقود عليه فهو أصل لا تبع. والأولى أن يحمل كلام المصنف على نقع البئر خاصة ليخلص من هذا الإشكال.

وأما نقع البئر فإنه يدخل تبعاً لأن هواء البئر وعمقه فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه.

قال: (**الثاني: معرفة العين برؤية أو صفة في أحد الوجهين، وتصح في الآخر بدونه. وللمستأجر خيار الرؤية**).

---

(١) ساقط من هـ.

أما كون الثاني من شروط صحة إجارة العين: معرفة العين المستأجرة برؤية أو صفة في أحد الوجهين؛ فلأن الإجارة بيع المنافع فوجب أن لا تصح إلا بذلك كالبيع.

فعلى هذا لو استأجر ما لم يره ولم يوصف له لم تصح الإجارة لفقدان الشرط.

وأما كونها تصح بدون ذلك في وجه؛ فلأن البيع يصح بدون ذلك في رواية.

وأما كون المستأجر له خيار الرؤية على الوجه المذكور؛ فلأن من اشترى ما لم يره ولم يوصف له: له الخيار المذكور فكذا المستأجر لذلك.

قال: **(الثالث: القدرة على التسليم، فلا تصح إجارة الآبق والشارد ولا المغصوب[1] ممن لا يقدر على أخذه)**.

أما كون الثالث من شروط صحة[2] إجارة العين: القدرة على التسليم؛ فلأنها بيع. أشبهت بيع الأعيان.

وأما كونه لا تصح إجارة الآبق والشارد ولا المغصوب ممن لا يقدر على أخذه فلعدم القدرة المشترطة.

قال: **(ولا تجوز إجارة المشاع مفرداً لغير شريكه. وعنه: ما يدل على جوازه)**.

أما كون إجارة المشاع لا تجوز مفرداً لغير شريك المؤجر على المذهب؛ فلأنه لا يقدر على تسليمه فلم تجز إجارته. وإنما قلنا لا يقدر على تسليمه لأنه لا يقدر على ذلك إلا بتسليم نصيب شريكه.

وأما كونها تجوز على رواية؛ فلأنه يجوز بيعه فجاز إجارته كالمفرد.

---

(١) في هـ: والمغصوب.

(٢) ساقط من هـ.

وأما قول المصنف: مفرداً لغير شريكه فمشعر بأمرين:

أحدهما: جواز إجارته مع نصيب شريكه ؛ مثل: أن يوكلا شخصاً في إجارة ذلك أو يوكل أحدهما صاحبه.

وثانيهما: جواز إجارته لشريكه . وصرح به المصنف في المغني لأن المانع من الصحة تعذر التسليم وهو منتف في الموضعين المذكورين.

قال: (**الرابع: اشتمال العين على المنفعة. فلا تجوز إجارة بهيمة زَمِنَةٍ للحمل، ولا أرض لا تنبت للزرع**).

أما كون الرابع من شروط صحة إجارة العين: اشتمال العين المستأجرة على المنفعة ؛ فلأن الإجارة عقد معاوضة فاشترط اشتماله على المنفعة ؛ كالبيع.

وأما كونه لا تجوز إجارة بهيمة زمنة للحمل، ولا أرض لا تنبت للزرع فلعدم اشتمالها على المنفعة المشترطة.

قال: (**الخامس: كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذوناً له فيها . فيجوز للمستأجر إجارة العين لمن يقوم مقامه، ويجوز للمؤجر وغيره بمثل الأجرة وزيادة . وعنه: لا يجوز بزيادة . وعنه: إن جدد فيها عمارة جازت الزيادة وإلا فلا . وللمستعير إجارتها إذا أذن له المعير مدة بعينها**).

أما كون الخامس من شروط صحة إجارة العين: كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذون له فيها ؛ فلأنها بيع المنافع فاشترط فيها ذلك ؛ كالبيع.

وأما كون المستأجر يجوز له إجارة العين المستأجرة لمن يقوم مقامه ؛ فلأن المنفعة مملوكة له فجاز له بيعها كبيع المشتري للمبيع. وإنما اشترط كون المستأجر ثانياً ممن يقوم مقام المستأجر أوّلاً ليكون انتفاعه كانتفاعه ؛ لأنه إذا زاد عليه كان فيه إضرار وذلك منتفٍ شرعاً.

وأما كون إجارة العين المستأجرة تجوز للمؤجر ؛ فلأن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد دليله البيع.

وأما كونها تجوز لغيره بمثل الأجرة فلا شبهة فيه.

وأما كونها تجوز بزيادة على المذهب ؛ فلأنه عقد يجوز برأس المال فيجوز بالزيادة ؛ كبيع المبيع.

وأما كونها لا تجوز على روايةٍ فـ «لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن»[1] . والمنفعة في الإجارة غير مضمونة.

وأما كونه إن جدد فيها عمارة جاز على روايةٍ ؛ فلأن الربح يقع في مقابلة ذلك، وإن لم يجدد لم يجز للحديث المذكور. وذكر المصنف في المغني رواية أخرى أنه إن أذن له المالك في الزيادة جاز وإلا لم يجز.

وأما كون المستعير له إجارة المستعار إذا أذن له المعير مدة بعينها ؛ فلأن شرط المنفعة كونها مملوكة للمؤجر أو مأذون له فيها وذلك موجود هاهنا.

قال: (**وتجوز إجارة الوقف . فإن مات المؤجر فانتقل إلى من بعده لم تنفسخ الإجارة في أحد الوجهين، وللثاني حصته من الأجرة**).

أما كون إجارة الوقف تجوز ؛ فلأن المنافع مملوكة للمؤجر.

وأما كونها لا تنفسخ بموت المؤجر الآجر في وجه ؛ فلأنه آجر ملكه في زمن ولايته فلم تنفسخ كما لو أجّر ملكه الطلق.

وأما كونها تنفسخ فيما بقي في وجه ؛ فلأنه تبين أنه آجر ملكه وملك غيره فصح كما في ملكه، وتبين البطلان في ملك غيره لأن المنافع بعد موته حق لغيره فلا ينفذ عقده عليه من غير ولاية . وفارق الطلق من حيث إن الوارث يملك من جهة

(١) سبق تخريجه ص: ٤١٤.

موروثه بخلاف البطن الثاني في الوقف فإنه يملك من جهة الواقف. فعلى القول بأنها لا تنفسخ: للثاني حصته من الأجرة من حين موت الأول. فإن كان الأول قبضها رجع من انتقل إليه الوقف بحصته في تركة المؤجر؛ لأنه تبين عدم استحقاقه له، وعلى القول بأنها تنفسخ يرجع من انتقل إليه الوقف في عين المنفعة ويرجع المستأجر على تركة المؤجر بحصة الباقي من الأجرة.

قال: **(وإن أجر الولي اليتيم أو العبد ثم بلغ الصبي وعتق العبد لم تنفسخ الإجارة، ويحتمل أن تنفسخ)**.

أما كون إجارة اليتيم لا تنفسخ ببلوغه، والعبد بعتقه على المذهب؛ فلأن الإجارة عقد لازم، عُقِد بحق الولاية في اليتيم والملك في العبد. فلم تنفسخ ببلوغ اليتيم؛ كما لو[1] باع داره أو زوّجه، ولا يعتق العبد؛ كما لو زوج أمته ثم باعها.

وأما كونه يحتمل أن تنفسخ؛ فلما ذكر في إجارة الوقف.

(١) ساقط من هـ.

فصل [في الأجير الخاص]

قال المصنف رحمه الله: (**وإجارة العين تنقسم قسمين:**

أحدهما: أن تكون على مدة؛ كإجارة الدار شهراً، والأرض عاماً، والعبد للخدمة، أو للرعي مدة معلومة. ويسمى الأجير فيها: الأجير الخاص).

أما كون إجارة العين تنقسم قسمين؛ فلأنها تارة تنضبط بالمدة كما مثّل المصنف رحمه الله، وتارة بالعمل كما يأتي في القسم الثاني. وكلاهما صحيح.

أما الأول؛ فلأن ابن المنذر قال: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن[1] استئجار المنازل والدواب جائز، وقد «ثبت أن موسى عليه السلام أجر نفسه للرعي مدة معلومة»[2].

وأما الثاني فيأتي ذكره في موضعه.

وأما كون الأجير فيما ذكر يسمى الأجير الخاص؛ فلأن المستأجِر يختص بالمنفعة في تلك المدة دون سائر الناس.

قال: (**ويشترط كون المدة معلومة يغلب على الظن بقاء العين فيها وإن طالت. ولا يشترط أن تلي العقد فلو أجره سنة خمس في سنة أربع صح سواء كانت العين[3] مشغولة وقت العقد أو لم تكن**).

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٤١.

(٣) في هـ: الإجارة.

أما كونه يشترط كون المدة معلومة كشهر وسنة؛ فلأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه المعرفة له فوجب أن تكون معلومة؛ كعدد المكيلات فيما يبع بالكيل.

وأما كونه يشترط كون المدة يغلب على الظن بقاء العين فيها؛ فلأن العين إذا كانت كذلك يتمكن المستأجر من استيفاء المقصود من الإجارة غالباً. بخلاف ما إذا لم تكن كذلك.

وأما قول المصنف رحمه الله: وإن طالت ففيه تنبيه على أن الإجارة في المدة الطويلة صحيحة إذا كانت العين يغلب على الظن بقاؤها فيها كالمدة القصيرة لأن المصحح في القصيرة الغلبة المذكورة وهي موجودة في الطويلة فوجبت الصحة عملاً بالعلة.

وأما كونه لا يشترط أن تلي المدة العقد؛ فلأنها مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها منفردة كالتي تلي العقد.

فعلى هذا يصح أن يستأجر سنة خمس في أربع لأن[1] غاية ما يقدر في ذلك أنها مدة تلي لا تلي العقد وذلك غير شرط.

وأما كونه يصح فيما ذكر سواء كانت العين مشغولة وقت العقد أو لم تكن؛ فلأن التسليم في الحال لا يجب فلا يضر الشغل.

قال: **(وإذا آجره[2] في أثناء شهر سنة استوفى شهراً بالعدد وسائرها بالأهلة. وعنه: يستوفي الجميع بالعدد. وكذلك الحكم في كل ما يعتبر فيه الأشهر؛ كعدة الوفاة، وشهرَيْ صيام الكفارة).**

(١) في هـ: لا.
(٢) في هـ: أجاره.

أما كون المستأجر يستوفي الشهر الأول بالعدد، وسائر السنة بالأهلة على المذهب؛ فلأن الشهر الأول تعذر إتمامه بالهلال فوجب إتمامه بالعدد، وما عداه لا يتعذر فوجب اعتباره بالأهلة لأنها الأصل.

وأما كونه يستوفي الجميع بالعدد على روايةٍ؛ فلأنها مدة يستوفى بعضها بالعدد فوجب استيفاء جميعها بالعدد؛ كما لو كانت المدة شهراً واحداً.

ولأن الشهر الأول ينبغي أن يكمل من الشهر الذي يليه فيحصل ابتداء الشهر الثاني في أثنائه وكذلك كل شهر يأتي بعده.

وأما كون الحكم في كل ما يعتبر فيه الأشهر كما مّثل المصنف كالحكم فيما ذكر؛ فلأن الكل سواء معنى فكذا يجب أن يكون حكماً.

قال: (**القسم الثاني: إجارتها لعمل معلوم؛ كإجارة الدابة للركوب إلى موضع معين، أو بقر لحرث مكان، أو دياس زرع، أو استئجار عبد ليدله على طريق، أو رحى لطحن قفزان معلومة. فيشترط معرفة العمل وضبطه بما لا يختلف**).

أما كون الإجارة كما ذكر تصح؛ فلأن المنفعة معلومة. أشبهت إجارة الدار. وقد جاء «أن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا عبدا لله بن أُريقِط هَادِياً خِرِّيتاً»[1]. أي ماهراً بالهداية فدلهما على طريق المدينة.

وأما كونه يشترط معرفة العمل وضبطه بما لا يختلف؛ فلأن العمل إذا لم يكن معروفاً مضبوطاً بما ذكر يكون مجهولاً فلا تصح الإجارة معه.

ولأن العمل هو المعقود عليه فاشترط معرفته وضبطه بما ذكر؛ كالمبيع[2].

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٣٧. ولم يذكر لفظ: «عبدا لله بن أريقط».

(٢) في هـ: كالبيع.

فصل [في الأجير المشترك]

قال المصنف رحمه الله: (**الضرب الثاني: عقد على منفعة في الذمة، مضبوطة بصفاتٍ كالسلم؛ كخياطة ثوب، وبناء حائط، أو حمل إلى موضع معين. ولا يكون الأجير فيها إلا آدمياً جائز التصرف. ويسمى الأجير المشترك**).

أما كون الإجارة علىٰ منفعة في الذمة تصح؛ فلأن الإجارة بيع فصح عقدها في الذمة كالسلم.

وأما كونها يشترط ضبطها بصفاتٍ كالسلم؛ فلأن الإجارة في الذمة منوطة بالسلم جوازاً فيجب أن تكون منوطة به اشتراطاً.

وأما كونها لا يكون الأجير فيها إلا آدمياً؛ فلأنها متعلقة بالذمة ولا ذمة لغير آدمي.

وأما كونه لا يكون إلا جائز التصرف؛ فلأن الإجارة بيع فلم تصح من غير جائز التصرف؛ كبيع الأعيان.

وأما كونه يسمى الأجير المشترك؛ فلأنه يتقبل أعمالاً كثيرة من ناس كثير في وقت واحد فيشتركون في استحقاق منفعته.

قال: (**ولا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل؛ كقوله: استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم. ويحتمل أن يصح**).

أما كونه لا[1] يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل كما مثل المصنف رحمه الله على المذهب؛ فلأنه قد يفرغ من خياطته في بعض اليوم. فإن طولب بالعمل في بقيته كان زيادة على ما وقع عليه العقد، وإن لم يعمل كان تركاً للعمل في بعض المدة التي وقع العقد عليها وقد لا يفرغ من خياطته في اليوم فيفضي أيضاً إلى مثل ما ذكرناه.

وأما كونه يحتمل أن يصح؛ فلأن الإجارة معقودة على العمل، والمدة مذكورة للتعجيل فلا يُفسد ذلك العقد. وحكى المصنف في المغني أن في كلام أحمد ما يدل على صحة ذلك.

قال: **(ولا تصح الإجارة على عمل يختص فاعله أن يكون من أهل القربة[2]؛ كالحج والأذان ونحوهما. وعنه: تصح).**

أما كون الإجارة على ما ذكر لا تصح على المذهب؛ فلأن من شرط صحة هذه الأفعال كونها قربة إلى الله تعالى فلم يصح أخذ الأجرة عليها؛ كما لو استأجر قوماً يصلون خلفه الجمعة والتراويح.

وأما كونها تصح على روايةٍ فـ «لأن النبي ﷺ زوج رجلاً بما معه من القرآن»[3] متفق عليه.

وإذا صح كون تعليم القرآن عوضاً في باب النكاح وقام مقام المهر صح أخذ الأجرة عليه في الإجارة.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: القرب.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٤٢) ٥: ١٩٧٣ كتاب النكاح، باب السلطان ولي.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٥) ٢: ١٠٤٠ كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن...

وثبت «أن أبا سعيد رقَى رجلاً بفاتحة الكتابِ على جُعل فبرَأ، وأخذَ الصحابةُ الجعلَ، وأتوا به النبي ﷺ فأخبروه وسألوه. فقال: لَعمري! لَمنْ أكلَ برقيةِ باطلٍ. لقدْ أكلتَ برقيةِ حق. كلوا واضربوا لي معكمْ بسهم»[1].

ولأنه يصح أخذ الرزق عليه من بيت المال فصح أخذ الأجرة عليه كبناء المساجد والقناطر.

والأول أصح؛ لما روى عثمان بن أبي العاص قال: «آخرُ ما عهدَ إليّ رسول الله ﷺ أن اتخذْ مُؤذناً لا[2] يأخذُ على أذانِهِ أَجْراً»[3] قال الترمذي: هذا حديث حسن.

وروى عبادة بن الصامت قال: «علّمتُ ناساً من أهل الصُّفّةِ القرآنَ والكتابةَ. فأهدَى إليّ رجلٌ منهم قَوساً. فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال[4]: إن سَرَّكَ أن يُقلدَكَ الله قَوساً من نارٍ فاقبلها»[5].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٧٢١) ٤: ١٩١٣ كتاب فضائل القرآن، باب فضل فاتحة الكتاب.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٢٠١) ٤: ١٧٢٧ كتاب السلام، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار. كلاهما من دون قوله: «فقال: لَعمري لَمنْ أكلَ برقيةِ باطلٍ لقدْ أكلتَ برقيةِ حق». وهذه اللفظة أخرجها أبو داود في سننه من حديث خارجة بن الصلت عن عمه «أنه مر بقوم فأتوه فقالوا: إنك جئت من عند هذا الرجل بخير. فارق لنا هذا الرجل. فأتوه برجل معتوه في القيود. فرقاه بأم القرآن ثلاثة أيام غدوة وعشية وكلما ختمها جمع بزاقه ثم تفل فكأنما أنشط من عقال. فأعطوه شيئا. فأتى النبي ﷺ فذكره له. فقال النبي ﷺ: كل فلعمري لمن أكل برقيةِ باطلٍ لقد أكلت برقية حق». (٣٤٢٠) ٣: ٢٦٦ كتاب البيوع، باب في كسب الأطباء.

(٢) في هـ: أن لا.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٠٩) ١: ٤٠٩ أبواب الصلاة، باب ما جاء في كراهية أن يأخذ المؤذن على الأذان أجراً.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٧١٤) ١: ٢٣٦ كتاب الأذان والسنة فيها، باب السنة في الأذان.

(٤) في هـ: قال.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤١٦) ٣: ٢٦٤ كتاب البيوع، باب في كسب المعلم.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٥٧) ٢: ٧٣٠ كتاب التجارات، باب الأجر على تعليم القرآن.

وعن أبي بن كعب «أنه علم رجلاً سورة من القرآن فأهدى له خميصة أو ثوباً. فذكر ذلك لرسول الله ﷺ. فقال: لو أنك لبستها أو أخذتها ألبسك الله مكانها ثوباً من نار»[1].

وعن عبدالرحمن بن شبل الأنصاري قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «اقرأوا القرآنَ ولا تَغْلُوا فيهِ ولا تَجْفُوا عنه ولا تَأكلُوا بهِ ولا تَسْتَكْثِرُوا بِه»[2]. روى هذه الأحاديث كلها الأثرم في سننه.

وأما الأخذ على الرقية فإن الإمام أحمد اختار جوازه.

وأما جعل التعليم صداقاً فعن أحمد فيه خلاف، وذكر الخبر ليس فيه تصريح بأن التعليم صداق إنما قال: «زوجتكها على ما معك من القرآن»[3] فيحتمل أنه زوجه إياها بغير صداق إكراماً له لما معه من القرآن. ونُقِل عنه جوازه. والفرق بينه وبين الأجرة أن الصداق ليس عوضاً محضاً وإنما وجب وصلة ونحلة. ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته وصح مع فساده. بخلاف الأجرة في غيره.

قال: **(وإن استأجره ليحجمه صح. ويكره للحر أكل أجرته ويُطعمه الرقيق والبهائم. وقال القاضي: لا يصح)**.

أما كون الاستئجار على الحجامة تصح على قول غير القاضي فـ «لأن النبي ﷺ حجمه أبو طيبة وأعطاه أجرة»[4] متفق عليه.

قال ابن عباس: ولو كان حراماً ما أعطاه أجرة[5].

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٥٨) ٢: ٧٣٠ كتاب التجارات، باب الأجر على تعليم القرآن.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (١٥٧٠٦) ٣: ٤٤٤.

(٣) سبق تخريجه ص: ٤٦١.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٣٧١) ٥: ٢١٥٦ كتاب الطب، باب الحجامة من الداء.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٧٧) ٣: ١٢٠٤ كتاب المساقاة، باب حل أجرة الحجامة.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٩٧) ٢: ٧٤١ كتاب البيوع، باب ذكر الحجام.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٠٢) ٣: ١٢٠٥ كتاب المساقاة، باب حل أجرة الحجامة.

وأما كونه يكره للحر أكل أجرة الحجامة فللحديث الآتي ذكره.

ولأن أسوأ أحوال الأجرة في الحديث أن تكون مكروهة.

وأما كونه يطعم الأجرة رقيقه وبهائمه ؛ فلأن النبي ﷺ قال: «أطعمهُ ناضِحكَ ورقِيقَك»[1] رواه الترمذي. وقال: حديث حسن.

وأما كونه لا يصح على قول القاضي ؛ فلأن النبي ﷺ قال: «كسب الحجام خبيث»[2] متفق عليه.

والأول اختيار المصنف رحمه الله وأبي الخطاب.

وذكر القاضي أن الإمام أحمد نص على عدم الإجارة عليها في مواضع.

قال المصنف في المغني: تسميته خبيثاً لا يلزم منه الحرام ؛ «لأن النبي ﷺ سمى الثوم والبصل خبيثين»[3]. وهما مباحان.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٢٢) ٣: ٢٦٦ كتاب الاجارة، باب في كسب الحجام.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٧٧) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كسب الحجام.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٦٦) ٢: ٧٣٢ كتاب التجارات، باب كسب الحجام.

(٢) لم أره بهذا اللفظ عند البخاري، وقد أخرج البخاري معناه عن عون بن أبي جُحيفة قال: «رأيت أبي اشترى حجاماً فأمر بمحاجمه فكُسرت، فسألته عن ذلك قال: إن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الدم وثمن الكلب، وكسب الأمة، ولعن الواشمة والمستوشمة، وآكل الربا وموكله، ولعن المصور». (٢١٢٣) ٢: ٧٨٠ كتاب البيوع، باب ثمن الكلب.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٦٨) ٣: ١١٩٩ كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب... واللفظ له.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (٥٦٥) ١: ٣٩٥ كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب نهي من أكل ثوماً أو بصلاً أو كراثا أو نحوهما. ولفظه: عن أبي سعيد قال: «لم نَعُدْ أن فتحت خيبر. فوقعْنا أصحاب رسول الله ﷺ في تلك البقلة الثوم والناس جياع فأكلنا منها أكلاً شديداً. ثم رُحنا إلى المسجد فوجد رسول الله ﷺ الريح. فقال: من أكل من هذه الشجرة الخبيثة شيئاً فلا يقربنا في المسجد».

فصل [في استيفاء المنفعة]

قال المصنف رحمه الله: **(وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه وبمثله. ولا يجوز بمن هو أكثر ضرراً منه، ولا بمن يخالف ضررُه ضررَه)**.

أما كون المستأجر له استيفاء المنفعة بنفسه؛ فلأن أصل العقد يراد للعاقد.

وأما كونه له استيفاؤها بمثله؛ فلما تقدم في قوله: وتجوز إجارة العين لمن يقوم مقامه[1].

وأما كونه لا يجوز بمن هو أكثر ضرراً منه؛ فلأنه يضر بالمؤجر.

ولأن المستأجر الثاني ينبغي أن يكون له ما للأول فإذا كان الأول ضرره قليل وجب أن يكون الثاني مثله.

قال: **(وله أن يستوفي المنفعة وما دونها في الضرر من جنسها. فإذا اكترى لزرع الحنطة فله زرع الشعير ونحوه، وليس له زرع الدخن ونحوه. ولا يملك الغرس ولا البناء، وإن اكتراها لأحدهما لم يملك الآخر، وإن اكتراها للغرس[2] ملك الزارع)**.

أما كون المستأجر له استيفاء المنفعة المعقود عليها من زرع وبناء وغير ذلك؛ فلأن ذلك هو المقصود من الإجارة والمعقود من أجله.

---

(١) ص: ٤٥٤.

(٢) في هـ: للغراس.

وأما كونه له استيفاء [ما دون][1] المنفعة المعقود عليها في الضرر مع اتحاد الجنس؛ فلأنه إذا كان له استيفاء نفس المنفعة المعقود عليها فما دونها أولى.

فعلى هذا إذا اكترى أرضاً لزرع حنطة فله زرعها بها لأنها المعقود عليها، وله زرع الشعير لأنه دونها في الضرر، وليس له زرع الدُّخن ونحوه. ولا يملك الغرس ولا البناء لأن كل واحد من ذلك فوق الحنطة في الضرر. وإن اكتراها للغرس لم يملك الآخر لأن ضرر كل واحد يخالف ضرر الآخر. وإن اكتراها للغرس ملك الزرع لأنه أقل ضرراً.

قال: **(وإن اكترى دابة للركوب أو للحمل لم يملك[2] الآخر. وإن اكتراها لحمل الحديد أو القطن لم يملك حمل الآخر. فإن فعل فعليه أجرة المثل).**

أما كون المستأجر لا يملك الحمل إذا اكترى للركوب؛ فلأن الراكب يعين الظهر بحركته.

وأما كونه لا يملك الركوب إذا اكترى للحمل؛ فلأن الراكب أشد على الظهر لأنه يقعد في موضع واحد والمتاع يتفرق على جنبيه.

وأما كونه لا يملك حمل القطن إذا اكترى الدابة لحمل الحديد؛ فلأنه أضر منه لكونه يتجافى، وتهب فيه الريح فيتعب الظهر.

وأما كونه لا يملك حمل الحديد إذا اكترى لحمل القطن؛ فلأنه أضر منه لاجتماعه وثقله.

وأما كونه عليه أجرة المثل إذا فعل غير ما استأجره؛ فلأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره. أشبه ما لو استأجر أرضاً فزرع أخرى.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.

قال: **(وإن اكتراها لحمولة شيء فزاد عليه، أو إلى موضع فجاوزه فعليه الأجرة المذكورة وأجرة المثل للزائد. ذكره الخرقي. وقال أبو بكر: عليه أجرة المثل للجميع. وإن تلفت ضَمِن قيمتها إلا أن تكون في يد صاحبها فيضمن نصف قيمتها في أحد الوجهين).**

أما كون المستأجر عليه الأجرة المذكورة وأجرة المثل للزائد إذا زاد على ما استأجر أو جاوز مكانه على قول الخرقي: أما الأجرة المذكورة؛ فلأنه استوفى المعقود عليه، وأما أجرة المثل للزائد؛ فلأنه حمله على ملك غيره بغير إذنه ولا تقدير عوضه فلزمه أجرة مثله.

وأما كونه عليه أجرة المثل للجميع على قول أبي بكر؛ فلأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره. أشبه ما لو فعل ذلك من غير إجارة.

وأما كونه يضمن قيمة الدابة إن تلفت في زمان التعدي ولم يكن في يد صاحبها؛ فلأنه متعد في فعله. أشبه ما لو غصبها فتلفت.

وأما كونه يضمنها إذا كانت في يد صاحبها في وجه؛ فلأنها تلفت بجنايته عليها، وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان؛ كمن جلس إلى إنسان فخرق ثوبه وهو ساكت.

وأما كونه يضمن نصف قيمتها في وجه؛ فلأنها تلفت بفعل مضمون وغير مضمون. أشبه ما إذا جرح أجنبي شخصاً جرح نفسه فمات فإن الأجنبي يلزمه نصف الدية.

وقال صاحب النهاية فيها: والمذهب الأول؛ لأن رجلاً لو ألقى حجراً في سفينة مملوءة بالأمتعة فغرقت وجب عليه ضمان السفينة وما[1] فيها، وإن كان مثل الحجر لا تغرق به السفينة تغليباً للفعل المضمون، وإضافة للحكم إلى السبب

(١) ساقط من هـ.

الأخير. فكذلك هاهنا. ومثل ذلك إذا زاد الجلاد في الحد سوطاً فمات المحدود فإنه يلزمه كمال الدية على المذهب.

فصل [فيما يلزم المؤجر والمستأجر]

قال المصنف رحمه الله: (**ويلزم المؤجر كل ما يتمكن به من النفع كزمام الجمل، ورحله، وحزامه، والشد عليه، وشد الأحمال، والمحامل، والرفع، والحط، ولزوم البعير لينزل لصلاة الفرض، ومفاتيح الدار، وعمارتها، وما جرت عادته به. فأما تفريغ البالوعة والكنف فيلزم المستأجر إذا تسلمها فارغة**).

أما كون المؤجر يلزمه ما ذكر... إلى التفريغ؛ فلأن ذلك بفعل عادة فحمل مطلق العقد عليه.

ولأن[1] التمكين واجب عليه، ولا يتم بدون ذلك، وما لا يتم الواجب إلا به واجب.

وأما كون المستأجر يلزمه تفريغ البالوعة والكُنُف إذا تسلمها فارغة؛ فلأن ذلك حصل بفعله فكان تنظيفه عليه؛ كما لو طرح فيها قماشاً.

وفي تقييد اللزوم بتسليمها فارغة دليل على أنه إذا تسلمها ملئى يكون تفريغها على المؤجر وصرح به في المغني لأنه لا يمكن الانتفاع إلا بذلك.

(١) في هـ: فلأنه.

فصل [الإجارة عقد لازم]

قال المصنف رحمه الله: **(والإجارة عقد لازم من الطرفين ليس لأحدهما فسخها. وإن بدا له قبل تَقَضِّي المدة فعليه الأجرة. وإن حوله المالك قبل تقضيها لم يكن له أجرة لما سكن. نص عليه. ويحتمل أنّ له من الأجرة بقسطه).**

أما كون الإجارة عقد لازم من طرفي المؤجر والمستأجر ؛ فلأنها عقد معاوضة . أشبهت البيع.

ولأنها نوع من البيع . وإنما اختصت باسم كما اختص الصرف والسلم.

وأما كون المتعاقدين ليس لأحدهما فسخها ؛ فلأن هذا شأن العقود اللازمة من الطرفين.

وأما كون الأجرة على من بدا له قبل تَقَضِّي المدة ؛ فلأن الإجارة عقد لازم يقتضي أن يملك المالك الأجرة ، والمستأجر المنافع ، وقد وجدت فوجب أن يلزم المستأجر الأجرة عملاً بمقتضاها.

وأما كون المالك لا أجرة له لما سكن المستأجر إذا حوّله قبل تَقَضِّي المدة على منصوص الإمام أحمد ؛ فلأنه لم يُسَلِّم إليه ما عقد عليه في الإجارة لغير عذر فلم يستحق شيئاً ؛ كما لو استأجره ليحمل له كتاباً إلى الكوفة فحمله بعض الطريق ، أو كما لو استأجر حفاراً ليحفر له بئراً طولها عشرون ذراعاً فحفر له منها عشرة وامتنع من حفر الباقي.

وأما كونه يحتمل أن له من الأجرة بقسطه ؛ فلأن المستأجر استوفى بعض المعقود عليه فلزمه بقدر ما استوفاه ؛ كما لو اشترى مكيلاً فسلم إليه البائع بعضه ومنع باقيه.

قال: **(وإن هرب الأجير حتى انقضت المدة انفسخت الإجارة. وإن كانت على عمل خُيِّر المستأجر بين الفسخ والصبر).**

أما كون الإجارة تنفسخ إذا هرب الأجير حتى انقضت المدة ؛ فلأن المعقود عليه يفوت بانقضائها . أشبه تلف العين.

وفي قول المصنف رحمه الله: حتى انقضت المدة دليل على أنها لا تنفسخ قبل انقضائها . وصرح به في المغني لأن المدة إذا لم تنقض لم يفت المعقود عليه.

وأما كون المستأجر يخير بين الفسخ والصبر إذا كانت الإجارة على عمل في الذمة ؛ فلأن ذلك عمل[1] في الذمة ليس له مدة يفوت بفواتها . أشبه الأجير قبل انقضاء مدة إجارته.

قال: **(وإن هرب الجمّال وتَرَك الجمال أنفق عليها الحاكم من مال الجمّال ، أو أذن للمستأجر في النفقة . فإذا انقضت الإجارة باعها الحاكم ، ووفى المنفق ، وحفظ باقي ثمنها لصاحبه).**

أما كون الحاكم ينفق على ذلك ؛ فلأن نفقة الحيوان واجبة على المالك وهو غائب ، والحاكم نائب عن الغائب.

وأما كونه يأذن للمستأجر في النفقة ؛ فلأن إقامة أمين غير المستأجر يشق ويتعذر مباشرته في كل لحظة.

---

(١) في هـ: على عمل.

وأما كونه يبيع ذلك إذا انقضت الإجارة ويوفي المنفق؛ فلأن في ذلك تخليصاً لذمة صاحب الجمال، وإيفاءً لحق صاحب النفقة.

[وأما كونه][1] يحفظ باقي الثمن لصاحبه؛ فلأن الحاكم يلزمه حفظ مال الغائب.

قال: **(وتنفسخ الإجارة بتلف العين المعقود عليها، وموت الصبي المرتضع، وموت الراكب إذا لم يكن له من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة، وانقلاع الضرس الذي اكترى لقلعه، أو برئه، ونحو هذا).**

أما كون الإجارة تنفسخ بتلف العين المعقود عليها كمن اكترى بعيراً بعينه فمات؛ فلأن المنفعة زالت بالكلية فانفسخ العقد الواقع على عينه؛ كتلف المبيع قبل قبضه.

وأما كونها تنفسخ بموت الصبي المرتضع؛ فلأن استيفاء المعقود عليه قد تعذر لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم لأن المرضعة قد تدور على ولد دون آخر.

وأما كونها تنفسخ بموت الراكب إذا لم يكن له من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة؛ فلأنه تعذر استيفاء المعقود عليه منه وممن يقوم مقامه. أشبه ما لو مات المركوب.

وفي قوله: إذا لم يكن له من يقوم مقامه دليل على أنها لا تنفسخ إذا كان له من يقوم مقامه لأن الاستيفاء لا يتعذر لوجود من يقوم مقامه.

فإن قيل: كيف الجمع بين قول المصنف: تنفسخ بموت الراكب، وبين قوله بعدُ: لا تنفسخ بموت المكتري؟

---

(١) ساقط من هـ.

قيل: يجب حمل قوله: لا تنفسخ بموت المكتري على أنه مات وله وارث. وقد ذكر المصنف رحمه الله في المغني قول الخرقي: وإذا مات المكري والمكتري أو أحدهما فالإجارة بحالها وعلّله. ثم قال: ونقل عن الإمام أحمد في رجل اكترى بعيراً فمات في بعض الطريق فإن رجع البعير خالياً فعليه بقدر ما وجب له.

ثم قال: وظاهر هذه الرواية أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة إذا مات المستأجر.

ثم قال: ويجب أن يقدر أنه لم يكن ثَم من ورثته من يقوم مقامه في الانتفاع لأن الوارث يقوم مقام الموروث فإذا لم يكن فقد جاء أمر يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد. أشبه ما لو مات.

ثم قال: وتأولها القاضي بأن المكري منع الورثة من الانتفاع. ولا يصح؛ لأنه لو كان كذلك لما استحق شيئاً من الكري.

وأما كونها تنفسخ بانقلاع الضرس أو برئه الذي اكترى لقلعه فلتعذر استيفاء المعقود عليه: أما تعذره بالانقلاع فأمر محس، وأما تعذره بالبرء فأمر شرعي لأنه لا يجوز قلع الضرس إلا لعارض الألم فإذا زال العارض تعذر قلعه شرعاً.

وأما قوله: ونحو هذا فيدخل فيه ما إذا اكترى كحالاً ليكحل عينه فبرئت أو طبيباً ليداويه فبرأ فإن ذلك كله تنفسخ به الإجارة لتعذر استيفاء المعقود عليه.

قال: **(وإن اكترى داراً فانهدمت أو أرضاً للزرع[1] فانقطع ماؤها انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة في أحد الوجهين، وفي الآخر يثبت للمستأجر خيار الفسخ).**

(١) ساقط من هـ.

أما كون الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة في وجه ؛ فلأن المقصود السكنى والزرع ولا يمكن استيفاء ذلك بعد الانهدام وانقطاع الماء.

وأما كونها لا تنفسخ في وجه ؛ فلأن المنفعة لم تنعدم بالكلية لإمكان الانتفاع بها في الجملة.

فعلى هذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لنقصان المنفعة المستأجرة.

قال: **(ولا تنفسخ بموت المكري والمكتري، ولا بعذر لأحدهما ؛ مثل: أن يكتري للحج فتضيع نفقته، أو دكاناً فيحترق متاعه).**

أما كون الإجارة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين ؛ فلأنها عقد لازم فلا تنفسخ بموت من ذكر ؛ كالبيع، وكما لو زوج أمته ثم مات.

وأما كونها لا تنفسخ بعذر لأحدهما ؛ فلأنها إذا لم تنفسخ بالموت فلأن لا تنفسخ بالعذر بطريق الأولى.

قال: **(وإن غصبت العين المستأجرة خُيّر المستأجر بين الفسخ ومطالبة الغاصب بأجرة المثل فإن فسخ فعليه أجرة ما مضى.**

قال الخرقي: وإن جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد فعليه من الأجرة بقدر مدة انتفاعه).

أما كون المستأجر يخير بين الفسخ ومطالبة الغاصب بأجرة المثل ؛ فلأن في عدم ثبوت الخيار تأخيراً لحقه.

ولأن تعذر الانتفاع بذلك من غير جهته عيب في المعقود عليه فملك الفسخ به ؛ كالعيب في المبيع. وإنما لم ينفسخ العقد بمجرد الغصب ؛ لأن المعقود عليه لم يفت مطلقاً بل فات إلى بدل. أشبه ما لو أتلف الثمرة المبيعة آدمي قبل قبضها.

وقال المصنف رحمه الله في المغني: يتخرج انفساخها بناء على أن منافع الغصب لا تضمن على رواية.

وأما كونه عليه أجرة ما مضى إذا فسخ ؛ فلأنه استوفى ما يقابل بالعوض فلزمه أجرته.

وأما قول المصنف: قال الخرقي ... إلى آخره ففيه[1] تأكيد لوجوب الأجرة فيما مضى، وبيان أن الخرقي قال ذلك. وفسر في المغني قول الخرقي هذا، ولم يجعله من صورة[2] ما إذا غصبت العين المستأجرة. والصحيح اشتماله عليه ؛ لأن الغصب أمر غالب يحجز المستأجر عن[3] منفعة ما وقع عليه العقد. ولهذا ذكره المصنف رحمه الله هنا.

قال: **(ومن استؤجر لعمل شيء فمرض أقيم مقامه من يعمله والأجرة عليه)**.

أما كون المريض يقيم مقامه من يعمل ما استؤجر عليه ؛ فلأنه حق وجب في ذمته فوجب عليه إيفاؤه ولو بغيره كالمسلَم فيه.

ولأنه لا يجب على المستأجر إنظاره لأن العقد بإطلاقه يقتضي التعجيل.

ولأن في التأخير إضراراً به.

وأما كون الأجرة عليه ؛ فلأن العمل عليه فكان عوضه عليه.

قال: **(وإن وجد العين معيبة أو حدث بها عيب فله الفسخ وعليه أجرة ما مضى)**.

أما كون المستأجر له الفسخ بما ذكر ؛ فلأنه عيب في المستأجر فأثبت الخيار كالعيب في بيوع الأعيان.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: صور.

(٣) في هـ: من.

وأما كون أجرة ما مضى عليه؛ فلأنها تلزمه إذا فسخ لما تقدم في فسخ المغصوب وقد وجد.

قال: **(ويجوز بيع العين المستأجرة ولا تنفسخ الإجارة إلا أن يشتريها المستأجر فتنفسخ على إحدى الروايتين)**.

أما كون بيع العين المستأجرة يجوز؛ فلأن الإجارة عقد على المنافع فلم يمنع جواز البيع؛ كما لو زوج أمته ثم باعها.

وأما كون الإجارة لا تنفسخ إذا اشترى العين المستأجرة غير المستأجر؛ فلأن عقد الإجارة سابقٌ على عقد البيع، واللاحق لا يوجب فسخ السابق؛ كما لو زوج أمته ثم باعها.

وأما كونها لا تنفسخ إذا اشتراها المستأجر على روايةٍ؛ فلأنه ملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة المسلوبة المنفعة [بعقد آخر][1] فلم يتنافيا؛ كما لو ملك الثمرة بعقد ثم ملك الأصل بعقد آخر.

وأما كونه ينفسخ فيما بقي من المدة على روايةٍ؛ فلأن ملك الرقبة لما منع ابتداء الإجارة منع استدامتها كالنكاح لما منع ابتداء ملك اليمين منع استدامته. وذكر المصنف هاتين الروايتين في المغني وجهين.

(١) ساقط من هـ.

فصل [في ضمان الأجير]

قال المصنف رحمه الله: (**ولا ضمان على الأجير الخاص -وهو: الذي يسلم نفسه إلى المستأجر- فيما يتلف في يده إلا أن يتعدى. ويضمن الأجير المشترك ما جنت يده من تخريق الثوب وغلطه في تفصيله. ولا ضمان عليه فيما تلف من حرزه أو بغير فعله، ولا أجرة له فيما عمل فيه. وعنه: يضمن**).

أما كون الأجير الخاص لا ضمان عليه فيما يَتلف في يده مع عدم التعدي منه فيما عمله؛ كرجل اكترى آخر ليسقي له ماء فانكسرت الجرة، أو ليكيل له فسقط من يده الكيل فانكسر، ونحو ذلك؛ فلأنه غير متعد. أشبه تلف الوديعة.

وأما كون الضمان عليه مع التعدي؛ مثل: أن يتعمد كسر الجرة، أو يكون خبازاً فيسرف في الوقود، أو يلزقه قبل وقته، أو يتركه أكثر من وقته حتى يحترق؛ فلأنه متعد. أشبه الغاصب.

وأما كون الأجير المشترك يضمن ما جنت يده من تخريق الثوب، وغلطه في تفصيله؛ فلما روي عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي «أنه كان يُضَمِّنُ الصباغ[1] والصواغ. وقال: لا يُصلح الناسَ إلا ذلك»[2].

ولأن الأجير المشترك عمله مضمون عليه دليله أنه لا يستحق الأجرة إلا بعمله فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً؛ كالجناية على عضوٍ ظلماً.

---

(١) في ج: الصناع.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٢٢ كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجير.

ولأنه قبض العين لمنفعته فكان ضامناً لها ؛ كالمستعير.

وأما كونه لا ضمان عليه فيما تلف من حرزه أو بغير فعله على المذهب ؛ فلأن العين في يده أمانة . أشبه المودع.

وأما كونه يضمن ذلك على روايةٍ ؛ فلما تقدم من حديث علي.

وأما كونه لا أجرة له فيما عمله ؛ فلأن الأجرة لما يعمله الأجير المشترك لا يستحق إلا بالتسليم ، وقد فات هنا فيفوت ما هو مرتب عليه.

قال: **(ولا ضمان على حجام ، ولا ختان ، ولا بزاغ ، ولا طبيب : إذا عرف منهم حذق ، ولم تجن أيديهم . ولا ضمان على الراعي إذا لم يتعد)**[1].

أما كون الحجام والختان والبزاغ وهو البيطار والطبيب لا ضمان عليهم مع معرفة الحذق منهم وعدم جناية أيديهم ؛ فلأنهم فعلوا فعلاً مأذوناً لهم فيه فلم يضمنوا سراية ذلك ؛ كقطع الإمام يد السارق.

وأما كونهم عليهم الضمان مع عدم معرفة الحذق منهم ؛ فلأنهم إذا لم يكن فيهم حذق لم يحل لهم مباشرة القطع ولا التداوي لما فيه من الخطر المؤدي إلى التلف وذلك لا يقتضي نفي الضمان بل وجوبه.

وأما كونهم عليهم الضمان إذا جنت أيديهم ؛ كختّان تجاوز القطع من الختان إلى الحشفة ، وطبيب قطع سَلَعَةً فتجاوزها ، أو قطع بآلة كالّة يكثر ألمها ، ونحو ذلك ؛ فلأن الإتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد[2] والخطأ.

ولأن هذا فعل محرم فيضمن كالقطع ابتداء.

وأما كون الراعي لا ضمان عليه إذا لم يتعد ؛ فلأنه أجير خاص وقد تقدم أن الأجير الخاص لا ضمان عليه.

---

(١) في هـ: لم يتعدى.

(٢) في هـ: العمل.

قال: **(وإذا حبس الصانع الثوب على أجرته فتلف ضمنه. وإن أتلف الثوب بعد عمله خُيِّر مالكه بين تضمينه إياه غير معمول ولا أجرة له وبين تضمينه إياه معمولاً ويدفع إليه أجرته).**

أما كون الصانع يضمن الثوب إذا حبسه على أجرته فتلف؛ فلأنه ليس له حق حبسه لأنه لم يرهنه عنده فوجب عليه ضمانه كالغاصب.

وأما كون مالك الثوب يخيّر بين ما ذكر؛ فلأن الجناية على ماله فكانت الخيرة له لا لغيره.

وأما كونه لا أجرة له إذا ضمّنه إياه غير معمول؛ فلأن الأجرة إنما تجب بالتسليم ولم يوجد.

وأما كونه يدفع الأجرة إليه إذا ضمّنه معمولاً؛ فلأنه لو لم يدفع إليه الأجرة لاجتمع على الأجير فوات الأجرة وضمان ما يقابلها.

ولأن المالك إذا ضمّنه ذلك معمولاً يكون في معنى تسليم ذلك معمولاً فيجب أن يدفع إليه الأجرة لحصول التسليم الحكمي.

قال: **(وإذا ضرب المستأجر الدابة بقدر العادة، أو كبحها، أو الرائض الدابة لم يضمن ما تلف به. وإن قال: أذنت لي في تفصيله قبل قال: بل قميصاً فالقول قول الخياط. نص عليه).**

أما كون المستأجر والرائض لا يضمنا ما ذكر؛ فلأن ذلك تلف من فعل مستحق فلم يضمناه؛ كما لو تلف تحت الحمل. ودليل استحقاق الضرب «أن رسول الله ﷺ ضرب جمل جابر حين ساقه»[1].

ولأنه لا يمكنه استيفاء المنفعة إلا به.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٧٠٦) ٣: ٩٠ ـ ٩١ كتاب الجهاد، باب من ضرب دابة غيره في الغزو.

وأما تقييد المصنف رحمه الله عدم الضمان بقدر العادة فدليل على أنه يجب عليه الضمان عند عدم ذلك. وصرح به في الكافي فقال: وإن تلفت بعدوان كضربها من غير حاجة أو لإسرافه فيه ضمن لأنه جناية على ملك الغير فوجب الضمان كالغاصب.

وأما كون القول قول الخياط فيما إذا قال: أذنتَ لي في تفصيله قباء قال: بل قميصاً على المنصوص؛ فلأنهما اتفقا على الإذن واختلفا في صفته فكان القول قول الخياط كالمضارب إذا ادعى الإذن في النسأ.

ولأنهما اتفقا على ملك الخياط القطع، والظاهر أنه فعل ما ملكه، واختلفا في لزوم الغرم له، والأصل عدمه.

فصل

قال المصنف رحمه الله: **(وتجب الأجرة بنفس العقد إلا أن يتفقا على تأخيرها . ولا يجب تسليم أجرة العمل في الذمة حتى يتسلمه).**

أما كون الأجرة تجب بنفس العقد إذا كانت الإجارة على عين كذا أو أرض ونحوهما و لم يتفقا على تأخيرها ؛ فلأن الأجرة عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيجب بمطلق العقد كالثمن ، أو يقال: عوض في عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد كالثمن .

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن﴾ [الطلاق:٦] أمر بالإيتاء بعد الرضاع.

وقال رسول الله ﷺ: « يقول الله عز وجل: ثلاثةٌ أنا خَصمهمْ يومَ القيامة : رجلٌ استأجرَ أَجيراً فاستوفَى منهُ و لم يوفّه أجرَه »[1] . تَوَعّده على الامتناع من دفع الأجرة بعد العمل فدل على تعقب الوجوب له.

وروي عنه عليه السلام: «أعطوا الأجيرَ أجرَهُ قبلَ أن يجِفَّ عَرَقُه »[2] رواه ابن ماجة.

قيل: الآية يحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع في الإرضاع أو تسليم نفسها له ؛ كما قال: ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ﴾ [النحل:٩٨] أي إذا أردت القراءة .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٣٧.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٤٣) ٢: ٨١٧ كتاب الرهون، باب أجر الأجراء. قال في الزوائد: أصله في صحيح البخاري وغيره، من حديث أبي هريرة لكن إسناد المصنف ضعيف. وهب بن سعيد وعبدالرحمن بن زيد ضعيفان.

ولو قدر أنه أراد بعد الفراغ فالأمر بالإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله. دليله ﴿فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن﴾ [النساء: ٢٤] والصداق يجب قبل الاستمتاع. وهذا هو الجواب عن الحديث. ثم يحتمل أنه توعده على ترك الإيفاء في الوقت الذي يتوجه المطالبة فيه عادة. ويمكن أن يحمل على الإجارة في الذمة. وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

وأما كون الأجرة لا تجب بنفس العقد إذا اتفقا على تأخيرها فكما لو اتفقا على تأخير الثمن في البيع.

وأما كون تسليم أجرة العمل في الذمة لا يجب قبل تسليمه؛ فلما تقدم من الآية والخبر.

ولأنه عقد على ما في الذمة فلم يستقر عوضه قبل فعله.

قال: **(وإذا انقضت الإجارة وفي الأرض غراس أو بناء لم يشترط قلعه عند انقضائها خُيِّر المالك بين أخذه بالقيمة أو تركه بالأجرة أو قلعه وضمان نقصه. وإن شرط قلعه لزم ذلك ولم يجب تسوية الأرض إلا بشرط).**

أما كون المالك يخير بين الأخذ بالقيمة وبين الترك بالأجرة وبين القلع وضمان النقص مع عدم اشتراط القلع عند انقضاء الإجارة؛ فلأنه لو لم يجز لأدى إلى ضرره.

ولأنه في الأخذ بأحد الأمور جمعاً بين حقي الآجر والمستأجر.

فإن قيل: هلا ملك القلع من غير ضمان النقص؟

قيل: لأن مفهوم قوله عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حق»[1] يدل على أن ما ليس بظالم له حق، وهذا ليس بظالم.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٧٣) ٣: ١٧٨ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في إحياء الموات.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٧٨) ٣: ٦٦٢ كتاب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات. قال الترمذي: حديث حسن غريب.

ولأنه غرس بإذن المالك فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقص كما لو استعار منه أرضاً للغراس مدة فرجع قبل انقضائها.

وأما كونه يلزمه القلع مع الشرط فلما فيه من الوفاء بموجب الشرط.

وأما كون تسوية الأرض تجب مع عدم الشرط؛ فلأنهما دخلا على ذلك لرضاهما بالقلع.

وأما كونها تجب مع الشرط؛ فلما تقدم من الوفاء بموجب الشرط.

قال: **(وإن كان فيها زرع، بقاؤه بتفريط المستأجر فللمالك أخذه بالقيمة وتركه بالأجرة. وإن كان بغير تفريط لزم تركه بالأجرة).**

أما كون المالك له أخذ ذلك بالقيمة وتركه بالأجرة مع تفريط المستأجر في بقائه؛ فلأن المستأجر حينئذ بمنزلة الغاصب لإبقائه زرعه في أرض غيره بغير حق. والمعني بالتفريط أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة.

وأما كونه يلزمه تركه بالأجرة مع عدم تفريط المستأجر في بقائه؛ فلأن الزرع حصل في أرض المالك بإذنه فلزمه تركه بأجرة مثله؛ كما لو أعاره إياها وأذن له في الزرع ثم رجع المالك قبل كمال الزرع. والمعني بعدم التفريط أن يزرع زرعاً ينتهي مدته عند آخر المدة ثم يتأخر ذلك بسبب برد أو غيره.

فإن قيل: فما الفرق بين الزرع والغرس؟

قيل: سيذكر في باب الغصب إن شاء الله تعالى.

قال: **(وإذا تسلم العين في الإجارة الفاسدة حتى انقضت المدة فعليه أجرة المثل سكن أو لم يسكن. وإذا اكترى بدراهم وأعطاه عنها دنانير ثم انفسخ العقد رجع المستأجر بالدراهم).**

أما كون من تسلم ما ذكر حتى انقضت المدة عليه الأجرة إذا سكن؛ فلأن المعوض قد استوفاه فوجب أن يجب عليه عوضه.

وأما كونه عليه ذلك إذا لم يسكن؛ فلأن الإجارة كالبيع والمنفعة كالعين والبيع الفاسد كالصحيح في استقرار البدل . فكذلك الإجارة.

وعن الإمام أحمد لا شيء عليه إذا لم يسكن. ذكره المصنف في المغني لأن الإجارة هنا عقد فاسد على منفعة لم يستوفها فلم يلزمه عوضها كالنكاح الفاسد.

وأما كون الواجب أجرة المثل حيث تجب الأجرة؛ فلأن ما ضُمن بالمسمى[1] في العقد الصحيح ضمن بالقيمة في الفاسد كالأعيان.

وأما كون المستأجر يرجع بالدراهم[2] إذا اكترى بدراهم وأعطى المؤجر عنها دنانير ثم انفسخ العقد؛ فلأن الدراهم التي وقع عليها العقد، والمستحق عند الفسخ مثل الأجرة، وأما الدنانير فإنما أخذت بعقد صرف مستأنف.

(١) في هـ: المسمى.
(٢) ساقط من هـ.

باب السبق

قال المصنف رحمه الله: **(تجوز المسابقة على الدوابّ، والأقدام، وسائر الحيوانات، والسفن، والمزاريق، وغيرها).**

أما كون المسابقة على الدواب تجوز فبالسنة والإجماع: أما السنة فما روى ابن عمر «أن النبي ﷺ سابقَ بين الخيلِ المضمرةِ من الحفياءِ إلى ثَنيةِ الوداعِ، وبين التي لم تُضمّر من ثنيةِ الوداعِ إلى مسجدِ بني زُرَيق»[1]. متفق عليه.

قال موسى بن عقبة: من الحفياء إلى ثنية الوداع ستة أميال أو سبعة.

وقال سفيان: من الثنية إلى مسجد بني زريق ميل.

وأما الإجماع فأجمعت الأمة في الجملة على جواز المسابقة.

وأما كونها على الأقدام تجوز فلما روي عنه عليه السلام «أنه كانَ في سفرٍ معه عائشة فسابقَها على رجلها فَسبقتهُ. قالت: فلما حملتُ اللحمَ سابقْتُهُ فسبقني. فقال: هذه بتلك»[2]. رواه أبو داود.

وأما كونها في باقي الصور تجوز؛ فبالقياس على المنصوص.

قال: **(ولا تجوز بعوض إلا في الخيل والإبل والسهام بشروط خمسة:**

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٧١٥) ٣: ١٠٥٣ كتاب الجهاد والسير، باب غاية السبق للخيل المضمرة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٨٧٠) ٣: ١٤٩٢ كتاب الإمارة، باب المسابقة بين الخيل وتضميرها.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٧٨) ٣: ٢٩ كتاب الجهاد، باب في السبق على الرجل.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤١٦٤) ٦: ٣٩.

أحدها: تعيين المركوب والرماة. سواء كانا اثنين أو جماعتين. ولا يشترط تعيين الراكبين ولا القوسين).

أما كون المسابقة بعوض لا تجوز إلا فيما ذكر فلما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا سَبَقَ إلا في نصْلٍ أو خُفٍ أو حَافِرٍ»[1]. رواه أبو داود.

ولأن المعنى يقتضي اختصاص ذلك بالعوض لأنه من آلات الحرب[2] المأمور بتعلمها وإحكامها قال الله تعالى: ﴿وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم﴾ [الأنفال: ٦٠].

وقال النبي ﷺ: «ألا! إن القوة الرمي، ألا! إن القوة الرمي»[3].

وأما كون ما ذكر لا يجوز إلا بشروط خمسة؛ فلما يأتي ذكره في مواضعها.

وأما كون تعيين المركوب والرماة أحد الشروط المذكورة؛ فلأن الغرض معرفة الحذق في ذلك، ولا يحصل ذلك مع الإبهام.

وأما كون ذلك كذا سواء كانا اثنين أو جماعتين فلاشتراك الصورتين في المعنى.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٧٤) ٣: ٢٩ كتاب الجهاد، باب في السبق.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٧٠٠) ٤: ٢٠٥ كتاب الجهاد، باب ما جاء في الرهان والسبق. قال الترمذي: حديث حسن.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٥٨٩) ٦: ٢٢٧ كتاب الخيل، باب السبق.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٨٧٨) ٢: ٩٦٠ كتاب الجهاد، باب السبق والرهان. قلت: ولم يذكر ابن ماجة «أو نصل» وإسناده حسن.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٠١٤٢) ٢: ٤٧٤.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٩١٧) ٣: ١٥٢٢ كتاب الإمارة، باب فضل الرمي والحث عليه...
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٥١٤) ٣: ١٣ كتاب الجهاد، باب في الرمي.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٣٠٨٣) ٥: ٢٧٠ كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة الأنفال.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٨١٣) ٢: ٩٤٠ كتاب الجهاد، باب الرمي في سبيل الله.

وأما كونه لا يشترط تعيين الراكبين والقوسين؛ فلأن الغرض معرفة حذق الفرس والرامي، لا معرفة الراكب والقوس لأنهما آلة المقصود، فلم يعتبر معرفتها؛ كسرج الدابة.

قال: **(الثاني: أن يكون المركوبان والقوسان من نوع واحد. فلا يجوز بين عربي وهجين، ولا قوس عربي وفارسي. ويحتمل الجواز)**.

أما كون الثاني من الشروط المذكورة: أن يكون المركوبان والقوسان من نوع واحد؛ فلأن النوعين يتفاوتان عادة فلم تصح المسابقة عليهما؛ كالمسابقة على بعير وفرس.

وأما كونه يحتمل الجواز؛ فلأنه قد يسبق كل واحد منهما الآخر، والتفاوت بينهما قريب لاتفاق الجنس. وذكر المصنف هذا الاحتمال للقاضي.

قال: **(الثالث: تحديد المسافة والغاية ومدى الرمي بما جرت به العادة)**.

أما كون الثالث من الشروط: تحديد المسافة والغاية ومدى الرمي؛ فلأن الغرض معرفة الأسبق، ولا يحصل إلا بذلك.

ولأن أحدهما قد يكون مقصراً في أول عدوه سريعاً في انتهائه وبعكس ذلك، فلا بد من ضبط ذلك بما ذكر ليحصل العلم بالمقصود.

وأما كون التحديد المذكور بما جرت به العادة؛ فلأن الزائد على ذلك قد يؤدي إلى عدم العلم بالسابق لبعد المسافة.

قال: **(الرابع: كون العوض معلوماً)**.

أما كون الرابع من الشروط المذكورة: أن يكون العوض معلوماً؛ فلأنه مال في عقد فاشترط العلم به؛ كسائر العقود.

وأما ما يحصل العلم به: فبالمشاهدة، وبالقدر، وبالصفة لأن ذلك محصل للعلم بثمن المبيع فكذا هاهنا.

قال: (**الخامس: الخروج عن شبه القمار ؛ بأن لا يخرج جميعهم . فإن كان الجُعل من الإمام ، أو أحدٍ غيرهما ، أو من أحدهما على أن من سبق أخذه جاز . فإن جاءا معاً فلا شيء لهما . وإن سبق المخرج أحرز سبقه ولم يأخذ من الآخر شيئاً . وإن سبق الآخر أحرز سبق صاحبه**).

أما كون الخامس من الشروط المذكورة: الخروج عن شبه القمار ؛ فلأن القمار محرم وشبه القمار مثله ، ولذلك قال النبي ﷺ: «منْ أدخلَ فَرساً بين فَرسين وقدَ أمنَ أن يَسبقَ فهوَ قِمَار»[1] .

وأما كون الخروج عن شبه القمار بأن لا يخرج جميعهم ؛ فلأن الجميع إذا لم يخرجوا بقي من لم يخرج سالماً من الغرم ، والمقامر لا يخلو منه أو من الغنم.

وأما كون الجعل يجوز من الإمام ؛ فلأن في ذلك حثاً على إحكام الرمي ، وفي ذلك مصلحة للمسلمين.

وأما كونه يجوز من أحدٍ غيرهما ؛ فلأنه بدل مال في مصلحة المسلمين ، وفيه تحصيل مقصود الرمي لما ذكر قبل فصح كونه من غيرهما كما لو كان من أحدهما.

وأما كونه يجوز من أحدهما ؛ فلأنه إذا جاز كونه من غيرهما ؛ فلأن يجوز من أحدهما بطريق الأولى.

وأما قول المصنف رحمه الله: على أن من سبق أخذه فمتعلق بالجعل من الإمام ، أو أحد غيرهما ، أو من أحدهما ، وبيان لصفة الجُعْل ، وتنبيه على أن الجُعل لو جعل منهما جميعاً لم يجز.

وأما كونه لا شيء لهما إذا جاءا معاً ؛ فلأنه لا سابق فيهما.

---

(١) سيأتي تخريجه ص: ٤٨٩.

وأما كون المخرج يحرز سبق نفسه إذا سبق؛ فلأن صاحبه لم يسبق فلم يستحق شيئاً.

وأما كونه لا يأخذ من الآخر شيئاً؛ فلأنه لم يشترط للسابق عليه شيئاً.

وأما كون الآخر يحرز سبق[1] صاحبه إذا سبقه؛ فلأنه سبقه فملك المال الذي جعل عوضاً في العقد الصحيح كالعوض المجعول في رد الضالة والآبق.

قال: (**فإن أخرجا معاً لم يجز إلا أن يدخلا بينهما محللاً يكافئ فرسه فرسيهما أو بعيره بعيريهما[2] أو رميه رمييهما، فإن سبقهما أحرز سبقهما وإن سبقاه أحرزا سبقيهما ولم يأخذا منه شيئاً، وإن سبق أحدهما أحرز السبقين فإن سبق معه المحلل فسبق الآخر بينهما**).

أما كون المسابقة لا تجوز إذا أخرج المتسابقان و لم يدخلا بينهما محللاً؛ فلما تقدم من أنه لا يجوز كون الجعل من جميع المتسابقين.

وأما كونها تجوز إذا أدخلا بينهما محللاً؛ فلأنه إدخاله يخرج الرمي عن شبه القمار لأنه لا يخرج مع المتسابقين فلم يوجد الإخراج من الجميع.

وأما قول المصنف رحمه الله: يكافئ فرسه فرسيهما أو بعيره بعيريهما أو رميه رمييهما فبيان لاشتراط المكافأة في المركوب والرمي والأصل فيها ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «من أدخل فَرساً بين فَرسين وهو لا يؤمن أن يَسبقَ فليسَ بقمارٍ، ومن أدخلَ فرساً بين فرسينِ وقدْ أمنَ أن يَسبقَ فهوَ قَمَار»[3] رواه أبو داود.

وأما كون المحلل إذا سبق يحرز سبقيهما؛ فلأنه جعل لمن سبق وقد سبق.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: بعيرهما.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٧٩) ٣: ٣٠ كتاب الجهاد، باب في المحلل.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٨٧٦) ٢: ٩٦٠ كتاب الجهاد، باب السبق والرهان.

وأما كون المخرجين إذا سبقاه يحرزان سبقيهما؛ فلأن المحلل لم يسبقهما حتى يستحق سبقيهما.

وأما كونهما لا يأخذان منه شيئاً؛ فلأنه لم يشرط عليه لمن سبقه شيئاً.

وأما كون إذا سبق يحرز السبقين؛ فلأنهما قد جعلا لمن سبق وقد سبق.

وأما كون المحلل إذا سبق معه سبق الآخر بينهما؛ فلأن ذلك مستحق بالسبق وقد اشتركا فيه فوجب أن يشتركا في عوضه.

قال: **(وإن قال المخرج: من سبق فله عشرة، ومن صلى فله كذا: لم يصح. وإن قال: ومن صلى فله خمسة صح)**.

أما كون المسابقة لا تصح إذا استوى بين السابق والمصلى وهو الثاني؛ فلأنه ليس فيه تحريض على السبق، فيفوت المقصود من العقد.

وأما كونها تصح إذا قال: ومن صلى فله خمسة؛ فلأن كل واحد منهما يقصد أن يكون سابقاً ليحصل له أكثر العوضين.

ولا بد أن يُلحظ كونه لا ثالث معهما لأنهم إذا كانوا ثلاثة يجتهد كل واحد منهم أن لا يكون أخيراً فيفوت المقصود من العقد. ولذلك قيد كلام المصنف رحمه الله من أذن له في إصلاحه فقال: إذا كانا اثنين.

قال: **(وإن شرطا أن السابق يطعم السبق أصحابه أو غيرهم لم يصح الشرط. وفي صحة المسابقة وجهان)**.

أما كون الشرط المذكور لا يصح؛ فلأنه عوض عن عمل فلا يستحقه غير العامل؛ كالعوض في رد الآبق.

وأما كون المسابقة تصح في وجه؛ فلأن عقد المسابقة لا تقف صحته على تسمية بدل، فلم يفسد بالشرط الفاسد؛ كالنكاح.

وأما كونها لا تصح في وجه ؛ فلأنه بذل العوض لهذا الغرض فإذا لم يحصل له غرضه لم يلزمه العوض.

فعلى هذا إن كان المخرج السابق أحرز سبقه ، وإن كان الآخر فله أجرة عمله ؛ لأنه عمل عملاً بعوض لم يُسَلَّم له فاستحق أجرة المثل ؛ كالإجارة الفاسدة.

فصل [في أحكام المسابقة]

قال المصنف رحمه الله: (**والمسابقةُ جُعالة لكل واحد منهما فسخها . إلا أن يظهر الفضل لأحدهما فيكون له الفسخ دون صاحبه . وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين. وقيل: هي عقد لازم ليس لأحدهما فسخها . لكنها تنفسخ بموت أحد المركوبين، وأحد الراميين . ولا تبطل بموت أحد الراكبين، ولا تلف أحد القوسين**).

أما كون المسابقة جُعالة . والمراد به : أنها من العقود الجائزة ؛ فلأنها عقد على ما لا يقدر على تسليمه فكان جائزاً ؛ كرد الآبق . بيان أنه لا يقدر على تسليمه أنه عقد على الإصابة وهي لا تدخل تحت قدرته.

وأما كونها عقدا لازماً على قول ؛ فلأنها عقد من شرطه أن يكون العوض والمعوض معلومين ، فكان لازماً ؛ كالإجارة.

فعلى القول بالجواز لكل واحد منهما الفسخ إذا لم يظهر فضل ؛ لأن ذلك شأن كل عقد جائز ، وإن ظهر لأحدهما فضل ؛ مثل : أن يسبقه بفرسه في بعض المسافة ، أو يصيب بسهامه أكثر منه : كان لمن ظهر له الفضل الفسخ ؛ لأن الحق له ولم يكن للآخر الفسخ لأنه لو جاز ذلك لفات[1] غرض المسابقة ؛ لأنه متى بان له سبق صاحبه له فسخها وترك المسابقة فلا يحصل المقصود ، وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والمضاربة وسائر العقود الجائزة . وعلى القول باللزوم ليس

(١) في هـ : لفوات.

لأحدهما الفسخ لأن هذا شأن كل عقد لازم، ولا تنفسخ بموت أحد الراكبين، ولا تلف أحد القوسين لأنه لم يتلف المعقود عليه.

قال: **(ويقوم وارث الميت مقامه. فإن لم يكن له وارث أقام الحاكم مقامه من تركته)**.

أما كون وارث الميت يقوم مقام الموروث هنا؛ فلأنه يقوم مقامه فيما له فكذا فيما عليه.

وأما كون الحاكم يقيم مقامه إذا لم يكن له وارث؛ فلأن الموروث لزمه فعل ذلك فوجب أن يقيم الحاكم مقامه بعد موته؛ كالإجارة.

قال: **(والسبق في الخيل بالرؤوس[1] إذا تماثلت الأعناق، وفي مختلفي العنق والإبل بالكتف)**.

أما كون السبق بالرؤوس في الخيل المتساوية الأعناق؛ فلأن السبق يعلم به.

وأما كون السبق بالكتف في مختلفي العنق؛ فلأن العلم بالسبق في المختلف لا يحصل إلا بمساحة قدر الزائد، وفي ذلك حرج ومشقة.

وأما كونه في الإبل بذلك؛ فلأن منها ما يرفع عنقه ومنها ما يمده فربما كان الرافع لرأسه سابقاً ويسبقه الآخر برأسه لمده إياه.

قال: **(ولا يجوز أن يجنب أحدهما مع فرسه فرساً يحرضه على العدو. ولا يصيح به في وقت سباقه لقول رسول الله ﷺ: «لا جَلَبَ ولا جَنَبَ»[2])**.

---

(١) في ج: بالرأس.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٢٣) ٣: ٤٣١ كتاب النكاح، باب ما جاء في النهي عن نكاح الشغار.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٣٦) ٦: ١١١ كتاب النكاح، باب الشغار.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

أما كون أحد المتسابقين لا يجوز أن يجنب فرساً يحرض فرسه على العدو ولا أن يصيح به في وقت سباقه فلما ذكر المصنف من الحديث.

وأما معنى: لا جَلَبَ ولا جَنَبَ فما ذكره. وقد فسره قوم بغير ذلك وليس بصحيح؛ لأنه جاء مفسراً بحديث عمران بن حصين عن النبي ﷺ قال: «لا جَلَبَ ولا جَنَبَ في الرهان»[1].

ويروى عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه[2] قال: «من أجلبَ على الخيلِ يومَ الرهانِ فليسَ منَا»[3].

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٨١) ٣: ٣٠ كتاب الجهاد، باب في الجلب على الخيل في السباق.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه الطبراني في الكبير (١١٣١٨) ١١: ١٤٧.

فصل في المناضلة

المناضلة: المسابقة بالسهام. ويقال: نضال وكلاهما مصدر ناضل. يقال: ناضله نضالاً ومناضلة؛ مثل: قاتله قتالاً ومقاتلة.

والأصل في ذلك الكتاب والسنة: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿قالوا يا أبانا إنا ذهبنا نستبق وتركنا يوسف عند متاعنا﴾ [يوسف:١٧] قيل معناه: يسابق بعضنا بعضاً في الرمي، ويعضده قراءة من قرأ: ننتضل.

وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ «أنه خرجَ على أصحابٍ له يَنتضِلونَ. فقال: ارمُوا وأنا مع ابن الأدرع. فأمسكَ الآخرون وقالوا: يا رسولَ الله! كيفَ نرمِي وأنتَ معَ ابنِ الأدرع؟ فقال: ارمُوا وأنا مَعكمْ كلكُم»[1] متفق عليه.

وعنه عليه السلام أنه قال: «إن الملائكةَ لا تحضرُ من لَهوِكمْ إلا الرهان والنضال»[2].

قال الأزهري: الرهان في الخيل، والنضال في الرمي، والسباق فيهما.

قال المصنف رحمه الله: **(ويشترط لها شروط أربعة:**

أحدها: أن تكون على من يحسن الرمي. فإن كان في أحد الحزبين من لا يحسنه بطل العقد فيه، وأخرج من الحزب الآخر مثله. وفهم الفسخ إن أحبوا).

أما كون المناضلة يشترط لها شروط أربعة؛ فلما يأتي ذكره فيها.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٧٤٣) ٣: ١٠٦٢ كتاب الجهاد والسير، باب التحريض على الرمي. ولم أره في مسلم.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٤٥٣) ٢: ١٧٢ كتاب الجهاد، باب ما جاء في الرمي وفضله.

وأما كون أحد الشروط المذكورة: أن تكون على من يحسن الرمي؛ فلأن من لا يحسن الرمي وجوده كعدمه.

ولأن الغرض معرفة الحذق، ومن لا يحسن الرمي لا حذق له، ولا يحصل لمن غلبه ميزة.

وأما كون العقد يبطل فيمن لا يحسن الرمي؛ فلما تقدم من اشتراط كونه ممن يحسن.

وقوله: فيه مشعر بأن البطلان مختص بمن لا يحسن، فأما من يحسن فالعقد باق[1] في حقه؛ لأن المفسد موجود فيمن لا يحسن دون غيره فوجب أن يختص البطلان به وذكر المصنف في المغني في بطلان العقد في حق من يحسن وجهين بناء على تفريق الصفقة.

وأما كونه يخرج مثل من لا يحسن من الحزب الآخر مع القول ببقاء الصحة فيمن يحسن؛ فلأن البيع إذا بطل في البعض بطل فيما يقابله من الثمن فكذا هاهنا.

وأما كون الحزبين لهم الفسخ إن أحبوا؛ فلأن الصفقة تفرقت عليهم.

قال: (**الثاني: معرفة عدد الرشق وعدد الإصابة**).

أما كون الثاني من الشروط المذكورة: معرفة عدد الرشق وعدد الإصابة؛ فلأن الغرض معرفة الحذق، ولا يحصل إلا بذلك.

وأما معنى معرفة عدد الرشق فأن تكون عشرين رمية أو ما أشبه ذلك.

وأما معنى معرفة الإصابة فأن تكون الإصابات خمساً من العشرين أو أربعاً أو ما أشبه ذلك.

---

(١) في هـ: باقي.

قال: (**الثالث: معرفة الرمي هل هو مفاضلة أو مبادرة ؟ فالمبادرة أن يقولا: من سبق إلى خمس إصابات من عشرين رمية فقد سبق فأيهما سبق إليها مع تساويهما في الرمي فهو السابق. ولا يلزم إتمام الرمي. والمفاضلة أن يقولا: أيُّنا فضل صاحبه بخمس إصابات من عشرين رمية سبق. فأيهما فضل بذلك فهو السابق**).

أما كون الثالث من الشروط المذكورة معرفة الرمي هل هو مفاضلة أو مبادرة ؛ فلأن غرض الرماة يختلف : فمنهم من إصابته في الابتداء أكثر منها[1] في الانتهاء، ومنهم من هو بالعكس. فوجب اشتراط ذلك لِيَعْلَم ما دخل فيه. وذكر المصنف في المغني عن القاضي أنه لا يشترط ذلك لأن مقتضى النضال أن من بادر إلى الإصابة فقد سبق.

وأما معنى المفاضلة والمبادرة فكما ذكر المصنف.

وللمناضلة صورة ثالثة ذكرها أبو الخطاب والمصنف في المغني واسمها محاطة. ومعناها: أن يشترطا حطّ ما يتساويان فيه من الإصابة في رشق معلوم فإذا فضل أحدهما بإصابة معلومة فقد سبق صاحبه. وصورتها مثلاً: أن يجعلا الرشق عشرين ويشترط حط ما يتساويان فيه فإذا فضل أحدهما بثلاثة أو أربعة أو ما أشبه ذلك فقد نضل صاحبه.

قال: (**وإذا أطلقا الإصابة تناولها على أي صفة كانت. وإن قالا: خواصل كان تأكيداً لأنه اسم لها كيف ما كانت. وإن قالا: خواسق وهو ما خرق الغرض وثبت فيه، أو خوارق وهو : ما خرقه ولم يثبت فيه، أو خواصر وهو : ما وقع في أحد جانبي الغرض تقيدت بذلك. وإن شرطا إصابة موضع من الغرض كالدائرة فيه تقيد به**).

(١) في هـ: منهما.

أما كون إطلاق الإصابة يتناولها على أي صفة كانت؛ فلأن أي صفة كانت تدخل تحت مسمى الإصابة.

وأما كون قولهما: خواصل تأكيداً فلما ذكر المصنف من أنها اسم للإصابة كيف ما كانت.

وأما كون الإصابة تتقيد بقولهما: خواسق أو خوارق أو خواصر، أو شرطهما إصابة موضع من الغرض كالدائرة؛ فلأن الغرض يختلف باختلاف ذلك فوجب أن تتقيد المناضلة به تحصيلاً للغرض.

ولأنه وصف وقع العقد عليه فوجب أن يتقيد به ضرورة الوفاء بموجبه.

وأما معنى كل واحد من الألفاظ المذكورة فكما ذكر المصنف رحمه الله.

قال: **(الرابع: معرفة قدر الغرض: طوله، وعرضه، وسمكه، وارتفاعه من الأرض)**.

أما كون الرابع من الشروط المذكورة: معرفة قدر الغرض طوله وعرضه وسمكه وارتفاعه من الأرض؛ فلأن الإصابة تختلف باختلاف ذلك، فوجب العلم به. أشبه تعيين النوع.

وأما قول المصنف رحمه الله: طوله وعرضه وسمكه وارتفاعه من الأرض فبيان لقدر الغرض.

وأما معنى ذلك كله فمعلوم لأهله.

قال: **(وإن تشاحّا في المبتدأ بالرمي أقرع بينهما. وقيل: يُقدم من له مزية بإخراج السبق. وإذا بدأ أحدهما في وجه بدأ الآخر في الثاني)**.

أما كونه يقرع بينهما مع التشاح على المذهب؛ فلأنه يميز ما أشكل.

ولأن مقتضى العقد التساوي والقرعة مشروعة[1] عند ذلك لأن تقديم أحدهما من غير قرعة ترجيح من غير مرجح.

وأما كونه يقدم من له مزية بإخراج السبق على وجهٍ؛ فلأن له نوعاً من الترجيح فيجب أن يقدم به.

فعلى هذا إن كان العوض من أحدهما قدم صاحبه، وإن كان العوض من أجنبي قَدَّم صاحبُ العوض من شاء منهما.

قال صاحب النهاية فيها: الصحيح أنه لا يبدأ أحدهما إلا بالقرعة لأن العقد موضوع على أن لا يفضل صاحب السبق على صاحبه.

وأما كون أحدهما يبدأ في الوجه الثاني إذا بدأ صاحبه في الأول فلتحصل المساواة بينهما.

قال: **(والسنة أن يكون لهما غرضان إذا بدأ أحدهما بغرض بدأ الآخر بالثاني)**.

أما كون السنة أن يكون للمتناضلين غرضان يرميان إلى أحدهما ثم يمضيان فيأخذان السهام ثم يرميان إلى الغرض الآخر؛ فلأن ذلك فعل أصحاب رسول الله ﷺ، وكذلك روي أن النبي ﷺ قال: «ما بين الغرضين روضة من رياض الجنة»[2].

وقال إبراهيم التيمي: «رأيتُ حذيفةَ يشتدّ بين الغرضينِ يقولُ: أنا بها»[3].

وعن ابن عمر مثله[4].

---

(١) في هـ: مشرعة.

(٢) أخرجه الديلمي في الفردوس بمأثور الخطاب (٢٢٤٥) ٢: ٤٣ عن أبي هريرة: «تعلموا الرمي. فإن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة».

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٤٥٨) ٢: ١٧٣ كتاب الجهاد، باب ما جاء في الرمي وفضله.

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٤٥٩) الموضع السابق.

ويروى «أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يشتدون بين الأغراض. يضحك بعضهم إلى بعض».

وعن عمر: «علموا أولادكم الرمي والمشي بين الغرضين»[1].

وأما كون أحد المتناضلين يبدأ بالغرض الثاني إذا بدأ صاحبه بالغرض الآخر فلتحصل المساواة بينهما.

وفي قول المصنف رحمه الله: والسنة أن يكون لهما غرضان تنبيه على أن الغرض لو كان واحداً جاز. وهو صحيح؛ لأن الغرض معرفة حذق الرماة، وذلك حاصل بالغرض الواحد.

قال: **(وإذا أطارت الريح الغرض فوقع السهم موضعه فإن كان شرطهم خواصل احتسب به، وإن كان خواسق لم يحتسب له به ولا عليه)**.

أما كونه يحتسب بالسهم الواقع موضع الغرض مع كون الشرط خواصل؛ فلأن الشرط الإصابة ولو كان الغرض في موضعه لأصابه.

وأما كونه لا يحتسب له به ولا عليه مع كون الشرط خواسق؛ فلأن الشرط أن يثبت فيه، ولو كان الغرض في موضعه لاحتمل أن يثبت فيه وأن لا يثبت.

قال: **(وإن عرض عارض من كسر قوس، أو قطع وتر، أو ريح شديدة لم يحتسب عليه بالسهم. وإن عرض مطر، أو ظلمة جاز تأخير الرمي. ويكره للأمين والشهود مدح أحدهما؛ لما فيه من كسر قلب صاحبه)**.

أما كونه لا يحتسب على الرامي بالسهم مع عارض كسر قوس، أو قطع وتر، أو اشتداد[2] ريح؛ فلأن الخطأ للعارض لا لسوء رميه.

---

(١) لم أقف عليه هكذا. وقد أخرج ابن حبان عن أبي عثمان: «أتانا كتاب عمر. ونحن مع عتبة بن فرقد بأذربيجان. فذكر الحديث. وفيه: وارموا الأغراض، وامشوا بين الهدفين». (٥٤٣٠) ٧: ٤٠١.

(٢) ساقط من هـ.

ومفهوم قوله: لم يحتسب عليه أنه لو أصاب مع العارض حسب له لتحقق الشرط.

وقال في المغني: لا يحتسب له كما لا يحتسب عليه.

ولأن الريح الشديدة كما يجوز أن تصرف السهم الشديد فيخطئ يجوز أن تصرف السهم المخطئ عن خطئه فيقع مصيباً فتكون إصابته بالريح لا بالحذق. ولم يحك غيره.

وأما كونه يجوز تأخير الرمي إذا عرض مطر أو ظلمة؛ فلأن ذلك عذر لا يمكن معه فعل المعقود عليه.

وأما كونه يكره مدح الأمين والشهود لأحد المتناضلين؛ فلما ذكر المصنف رحمه الله من كسر قلب صاحبه.

كتاب العارية

العارية: مشتقة من عار الشيء إذا ذهب وجاء. ومنه قيل للبطال: عيّار لتردده في بطالته. والعرب تقول: أعاره وعاره مثل: أطاعه وطاعه.

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع والمعنى: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ويمنعون الماعون﴾ [الماعون:٧] . روي عن ابن عباس وابن مسعود قالا: العواري. وفسرها ابن مسعود فقال: القدر والميزان والدلو.

وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه[١] قال: «العَارِيةُ مُؤَدَّاةٌ»[٢].

وروى صفوان بن أمية «أن النبي ﷺ استعارَ منهُ يومَ حنين أَدْرَاعاً. فقال: أغصباً يا محمد! قال: بلْ عاريةٌ مَضمونَة»[٣] رواه أبو داود.

وأما الإجماع فأجمع المسلمون في الجملة على جواز العارية.

وأما المعنى فهو أن العارية هبة المنافع أو إباحتها. فوجب أن تكون جائزة؛ كهبة الأعيان وإباحةِ أكلها.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٦٥) ٣: ٢٩٦ كتاب البيوع، باب في تضمين العارية.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١٢٠) ٤: ٤٣٣ كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٩٩) ٢: ٨٠٢ كتاب الصدقات، باب العارية.
قال الترمذي: حديث حسن غريب. وقال البوصيري في الزوائد: إسناد حديث أنس صحيح. وعبدالرحمن هو بن يزيد بن جابر ثقة. وسعيد هو بن أبي سعيد المقبري.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٦٢) ٣: ٢٩٦ كتاب البيوع، باب في تضمين العارية.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٧٦٧٤) ٦: ٤٦٥.

قال المصنف رحمه الله: **(وهي هبة منفعة. تجوز في كل المنافع إلا منافع البضع. ولا تجوز إعارة العبد المسلم لكافر. وتكره إعارة الأمة الشابة لرجل غير محرمها، واستعارة والديه للخدمة).**

أما قول المصنف: وهي هبة منفعة فهو بيان لمعنى العارية.

وقال صاحب المستوعب: هي إباحة منفعة. وقدّمه.

وأما كون العارية تجوز في كل المنافع ما خلا منافع البضع، وإعارة العبد المسلم لكافر؛ فـ «لأن النبي ﷺ استعارَ من أبي طلحةَ فرساً فَركبهَا»[1]، و «من صفوان أَدْرَاعاً»[2]، و «سئل عن حق الإبل فقال: إعارةُ دَلوهَا وإطراقُ فَحْلِها»[3]. فيثبت ذلك في المنصوص، ويقاس عليه سائر المنافع.

وأما كونها لا تجوز في منافع البضع؛ فلأن الوطء لا يجوز إلا في عقد نكاح أو ملك يمين، وذلك غير حاصل.

وأما كون إعارة العبد المسلم لكافر لا تجوز؛ فلأنه لا تجوز إعارته له حذراً من استخدامه.

وأما كون إعارة الأمة الشابة لرجل غير محرمها تكره؛ فلأنه لا يؤمن عليها، ولا يجوز له الخلوة بها. وذكر المصنف في المغني أن ذلك لا يجوز لما ذكر.

وفي قوله: الشابة لرجل غير محرمها إشعار بأن إعارة الكبيرة لرجل غير محرم، وإعارة الشابة لامرأة، ومحرم لا تكره، وهو صحيح؛ لأنه يؤمن فيهما ما ذكر قبل.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٨٤) ٢: ٩٢٦ كتاب الهبة، باب من استعار من الناس الفرس.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٣٠٧) ٤: ١٨٠٣ كتاب الفضائل، باب في شجاعة النبي عليه السلام وتقدمه للحرب.

(٢) سبق ذكره ص: ٥٠٣.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (٩٨٨) ٢: ٦٨٥ كتاب الزكاة، باب إثم مانع الزكاة.
وأخرجه النسائي في سننه (٢٤٥٤) ٥: ٢٧ كتاب الزكاة، باب مانع زكاة البقر.

وأما كون استعارة والدي الشخص للخدمة [تكره][1]؛ فلأنه يكره استخدامهما، فكره استعارتهما لذلك.

قال: **(وللمعير الرجوع متى شاء ما لم يأذن في شَغله بشيء يستضر المستعير[2] برجوعه؛ مثل: أن يعيره سفينة لحمل متاعه فليس له الرجوع ما دامت في لجّة البحر. وإن أعاره أرضاً للدفن لم يرجع حتى يبلى الميت، وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه لم يرجع ما دام عليه، فإن سقط عنه لهدم أو غيره لم يملك رده).**

أما كون المعير[3] له الرجوع متى شاء مع عدم إذنه في الشَّغل بشيء يستضر المستعير بالرجوع كما مثل المصنف رحمه الله؛ فلأن المنافع المستقبلة لم تحصل في يده، فلا يملكها بالإعارة؛ كما لو لم تحصل العين في يده.

وأما كونه ليس له[4] ذلك مع الإذن في الشَّغل المذكور؛ فلأنه قلب لموضوع العارية. إذ موضوعها ارتفاق المستعير بالعين، وحصول النفع له، وضرره ينافي ذلك.

وأما كونه لا يرجع في السفينة ما دامت في لُجَّة البحر؛ فلأن الرجوع قبل ذلك يستضر به، فلم يملك الرجوع لفقد شرطه.

وأما كونه لا يرجع إذا أعاره أرضاً للدفن حتى يبلى الميت؛ فلأن في الرجوع هتكَ حرمة الميت بالنبش فلم يُمَكّن منه؛ كما لو كان ضرراً على الحي.

وأما كونه لا يرجع في الحائط المعار لوضع أطراف خشبه ما دام عليه؛ فلأن هذا يراد للبقاء.

ولأن في الرجوع ضرراً على المستعير.

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) في أ: المستعير.

(٤) ساقط من هـ.

وأما كونه لا يملك رده إذا سقط عنه لهدمٍ أو غيره؛ فلأن الإذن[1] يتناول الحائط الأول[2] فلا يتعدى إلى غيره.

قال: **(وإن أعاره أرضاً للزرع لم يرجع إلى الحصاد. إلا أن يكون مما يُحصد قصيلاً فيحصده).**

أما كونه لا يرجع إلى الحصاد إذا كان الزرع مما لا يُحصد قصيلاً؛ فلأن فيه ضرراً على المستعير.

وأما كونه يحصده إذا كان مما يحصد قصيلاً؛ فلأنه أمكن الرجوع من غير ضرر.

قال: **(وإن أعارها للغراس والبناء، وشرط عليه القلع في وقتٍ، أو عند رجوعه، ثم رجع: لزمه القلع. ولا يلزمه تسوية الأرض إلا بشرط. وإن لم يشرط عليه القلع لم يلزمه إلا أن يضمن له المعير النقص. فإن قلع فعليه تسوية الأرض. وإن أبى القلع فللمعير أخذه بقيمته. فإن أبى ذلك بِيعا لهما. فإن أبيا البيع ترك بحاله).**

أما كون المستعير يلزمه القلع مع الشرط؛ فلقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[3].

ولأنه رضي بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع.

وأما كونه لا يلزمه تسوية الأرض أي الحفر الحاصلة فيها بالقلع مع عدم الشرط؛ فلأنه رضي بعدم التسوية حيث لم يشرطها.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤) ٣: ٣٠٤ كتاب الأقضية، باب في الصلح.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٢) ٣: ٦٣٤ كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس.

وأما كونه يلزمه ذلك مع الشرط؛ فلما تقدم في القلع.

وأما كونه لا يلزمه القلع إلا عند عدم ضمان النقص؛ فلأن فيه ضرراً على المستعير.

وأما كونه يلزمه القلع عند ضمان النقص؛ فلأنه رجوعٌ من غير إضرار.

وأما كونه عليه تسوية الأرض إذا قلع وليس مشروطاً عليه قلع الغرس؛ فلأن القلع باختياره. لو امتنع منه لم يجبر عليه. فلزمه التسوية؛ كالمشتري لما فيه شفعة إذا أخذ غرسه[1].

ونقل المصنف في المغني عن القاضي: لا يلزمه تسوية الحُفَر؛ لأنه لما أعاره مع علمه بأن له قلع غرسه كان ذلك رضاً منه بما يحصل بالقلع من التخريب[2]، فلم تلزمه التسوية كما لو شرط القلع. ولم يحك عن الأصحاب غيره. وحكى في الكافي الوجهين معاً.

وأما كون المعير له أخذ ذلك بقيمته إذا أبى المستعير القلع؛ فلأن غرسه حصل في ملك غيره. أشبه الشفيع مع المشتري.

وأما كون الغرس والأرض يباعان لهما إذا أبيا ما ذكر؛ فلأن ذلك طريق إلى تحصيل مالية كل واحدٍ منهما.

ولا بد أن يلحظ في قوله: بِيعا لهما أن البيع يكون بالاتفاق لقوله بعد: فإن أبيا البيع ترك بحاله.

فعلى هذا إذا بيعا دفع إلى كل واحدٍ منهما حصته. وطريقه أن يقال: كم قيمة الأرض غير مغروسة؟ فيقال: عشرة. ويقال: كم تساوي مغروسة؟ فيقال: خمسة عشر. فيكون للمعير ثلثا الثَّمَن، وللمستعير ثلثه.

---

(١) في ج: كالشفيع إذا أخذ غرسه.

(٢) في هـ: التحريث.

وأما كون ذلك يترك بحاله إذا أبيا البيع؛ فلأن جائز التصرف لا يجبر على بيع ملكه إلا في دَين.

قال: **(وللمعير التصرف في أرضه على وجه لا يضر بالشجر. وللمستعير الدخول للسقي والإصلاح وأخذ الثمرة. ولم يذكر أصحابنا عليه أجرة من حين الرجوع، وذكروا عليه أجرة في الزرع وهذا مثله فيخرج فيهما. وفي سائر المسائل وجهان).**

أما كون المعير والمستعير لكل واحدٍ منهما التصرف بما تقدم ذكره؛ فلأن لكل واحدٍ حاجة إلى ذلك مع عدم ضرر صاحبه.

ولأن الملك يقتضي أن يملك المعير التصرف في ملكه مطلقاً. خولف فيما يضر المستعير للضرر فيبقى فيما عداه على مقتضاه. وإذنه للمستعير في الغرس والزرع إذن له فيما هو من ضروراته، والدخول للسقي والإصلاح وأخذ الثمرة من ضرورات ذلك، فملكه لشمول الإذن له عرفاً.

وأما كون المستعير لا أجرة عليه في الشجر من حين الرجوع؛ فلأن بقاء ذلك بحكم العارية. فوجب كونه بغير أجرة؛ كالخشب على الحائط.

وأما كونه عليه أجرة في الزرع؛ فلأن المعير لما رجع اقتضى رجوعه أن المستعير لا يملك الانتفاع بالعارية. ضرورة بطلان الإذن المبيح لذلك بالرجوع. لكن الانتفاع لو مُنع منه إلى حصاد الزرع لأدى إلى ضرر المستعير. فوجب بقاؤه بأجرة؛ لما فيه من الجمع بين الحقين.

وأما كون مسألة الغرس مثل مسألة الزرع فيما ذكر؛ فلاستوائهما في الرجوع الموجب لما ذكر.

فعلى هذا يخرج فيهما وفي كل موضع يشبههما وجهان وجههما[1] ما تقدم.

قال: **(وإن غرس أو بنى بعد الرجوع أو بعد الوقت فهو غاصب يأتي حكمه)**.

أما كون من ذكر غاصباً؛ فلأنه تصرف بغير إذن المالك، وذلك شأن الغاصب.

وأما كون الغاصب يأتي حكمه؛ فلأنه يأتي في باب الغصب[2].

قال: **(وإن حمل السيل بَذراً إلى أرض فنبت فيها فهو لصاحبه يبقى إلى الحصاد بأجرة مثله. وقال القاضي: لا أجرة له. ويحتمل أن لصاحب الأرض أخذه بقيمته)**.

أما كون ما نبت لصاحب البذر لا لصاحب الأرض؛ فلأنه نماء ملكه.

وأما كونه مبقى إلى الحصاد؛ فلأنه حصل في ملك غيره بغير تعدٍّ منه، وفي قلعه إتلافٌ له فلم يجب عليه كما لو أذن له فيه، وكما لو حصل فصيله في ملك غيره فلم يمكن إخراجه إلا بذبحه أو قلع الباب فإنه لا يجبر على ذبحه.

وأما كون صاحب الأرض له أجرة المثل عليه على المذهب؛ فلأنه انتفع بملك غيره بغير إذنه. فوجب عليه أجرة المثل؛ كالغاصب، وكما لو انقضت مدة المستأجر وله في الأرض زرعٌ لم يفرّط في زرعه.

وأما كونه لا أجرة له على قول القاضي؛ فلأنه حصل بغير تفريطه.

وأما كونه يحتمل أن لصاحب الأرض أخذه بقيمته؛ فلأنه حصل زرع غيره في ملكه فكان له ذلك؛ كما لو غصب ملكه وزرع.

---

(١) في هـ: ووجههما.

(٢) ر ص: ٥١٨.

قال: **(وإن حمل غرس رجل فنبت في أرض غيره فهل يكون كغَرْس الشفيع أو كغَرْس الغاصب؟ على وجهين).**

أما كون ما ذكر كغَرْس الشفيع على وجهٍ؛ فلأنه ساواه في عدم التعدي.

وأما كونه كغرس الغاصب على وجهٍ؛ فلأنه ساواه في عدم الإذن. وحكم غرس الشفيع أنّ قلعه مجاناً غيرُ مستحقٍ. بخلاف غرس الغاصب.

وقول المصنف: كغرس الشفيع فيه نظر؛ لأنه يوهم أن الغرس ملك الشفيع. كما أن قوله: كغرس الغاصب كذلك، وليس الغرس ملك الشفيع بل الشفيع إذا أخذ[1] بالشفعة وكان المشتري قد غرس لا يملك الشفيع قلع الغرس من غير ضمان النقص، والعبارة الصحيحة أن يقال: كغرس المشتري لما فيه شفعة.

(١) ساقط من هـ.

فصل

قال المصنف رحمه الله: (**وحكم المستعير في استيفاء المنفعة حكم المستأجر. والعارية مضمونة بقيمتها يوم التلف وإن شرط نفي ضمانها. وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه، وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه. وعن الإمام أحمد أنه ذكر له ذلك فقال: «المسلمون على شروطهم»[1]، فيدل على نفي الضمان بشرطه**).

أما كون حكم المستعير حكم المستأجر في استيفاء المنفعة؛ فلأن المنافع صارت مملوكة له فكان حكمه حكم المستأجر لاشتراكهما في ذلك.

وأما كون العارية مضمونة مع عدم شرط نفي الضمان؛ فلما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «بل عاريةٌ مضمونة»[2]، ويروى عنه عليه السلام أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[3] رواه أبو داود.

ولأنه أخذ ملك غيره لمنفعة نفسه منفرداً بها من غير استحقاق ولا إذن في الإتلاف. فكان مضموناً؛ كالغصب والمقبوض على وجه السوم.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥٠٦.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٠٣.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٦١) كتاب البيوع، باب في تضمين العارية.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٦٦) ٣: ٥٦٦ كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٠٠) ٢: ٨٠٢ كتاب الصدقات، باب العارية.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وأما كونها مضمونة مع شرط نفي الضمان على المذهب؛ فلما تقدم من الحديثين.

ولأن كل عقد اقتضى الضمان أو عدمه لم يغيره[1] الشرط؛ كالبيع والوديعة والهبة والشركة والمضاربة.

وأما كونها لا تكون مضمونة على روايةٍ؛ فلما ذكر الإمام أحمد من الحديث.

ولأن الضمان حقُّ المعير. فإذا شرط نفيه كان راضياً بإسقاط حقه، وإذا رضي بإسقاط حقه وجب أن يسقط؛ كما لو أذن له في إتلاف ماله.

والأول أصح؛ لما تقدم. والحديث المراد به غيرُ ذلك. جمعاً بينه وبين ما تقدم من الحديثين.

والفرق بين شرط نفي الضمان وبين الإذن في الإتلاف: أن الإتلاف فعل يصح الإذن فيه، ويسقط حكمه. إذ لا ينعقد سبباً للضمان مع كونه مأذوناً في عكسه. أما إسقاط الضمان فهو نفي للحكم مع وجود سببه وليس ذلك إلى المالك. ولا يملك الإذن فيه.

وأما كون العارية مضمونة بقيمتها؛ فلأن القيمة بدلٌ عنها في الإتلاف.. فوجبت عند تلفها؛ كالإتلاف.

وأما كون الضمان حيث وجب معتبراً بيوم التلف؛ فلأنه حينئذ تحقق فوات العارية. فوجب اعتبار الضمان به.

وأما كون كل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه، وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه؛ فلأن العقد إذا اقتضى شيئاً فشرط غيره يكون شرطاً لشيء ينافي مقتضى العقد فلم يصح؛ كما لو شرط في المبيع أن لا يبيعه.

---

(١) في هـ: يغير.

قال: **(وإن تلفت أجزاؤها بالاستعمال كخمل المنشفة فعلى وجهين)**.

أما كون الأجزاء المذكورة تُضمن على وجهٍ؛ فلأن التالف أجزاءٌ مضمونة لو تلفت العين قبل تلفها. فوجب أن تضمن بالاستعمال؛ كسائر الأجزاء.

وأما كونها لا تضمن على وجهٍ؛ فلأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف، وما أذن في إتلافه لا يضمن؛ كالمنافع. وفارق ما إذا تلفت العين من حيث إنه لا يمكن تمييزها من العين.

ولأنه إنما أذن فيها على وجه الانتفاع، فإذا تلفت قبل ذلك فقد فاتت على غير الوجه الذي أذن فيه. فضمنها؛ كما لو أجّر العين المستعارة.

قال: **(وليس للمستعير أن يعير، فإن فعل فتلف عند الثاني فله تضمين أيِّهما شاء. ويستقر الضمان على الثاني)**.

أما كون المستعير ليس له أن يعير؛ فلأن الانتفاع بالعارية مستفاد بالإذن لا بطريق المعاوضة. وهو يختلف باختلاف فاعله. فقد يرضى الشخص بانتفاع شخص دون آخر. وعلل المصنف ذلك في المغني بأن العارية: إباحة المنفعة. فلا يجوز أن يبيحها؛ كإباحة الطعام. وهذا صحيح على قول من يقول: العارية إباحة المنفعة، أما من يقول: هي هبة المنفعة فلا يصح ذلك وينبغي حينئذ أن يقال: المنفعة وإن كانت مملوكة للمستعير إلا أن الرقبة باقية على ملك المعير. ويلزم من استيفاء المنفعة السلطة على الرقبة. فوجب أن لا يملك ذلك إلا بإذن من المعير.

فإن قيل: هذا المعنى بعينه موجود في العين المستأجرة، وإجارتها جائزة.

قيل: الغرض من الإجارة غالباً الأجرة، وذلك لا يختلف. بخلاف العارية فإن الغرض فيها: نفع المستعير، وذلك يختلف بالنسبة إلى من ينتفع.

ولأن الإجارة من باب المعاوضة فهي أبلغ من العارية. ولا يلزم من الجواز في الإجارة الجواز في العارية؛ لقصورها عنها. ويمكن أن يقال: مقتضى الدليل أن لا

تجوز في الإجارة؛ لما ذكر، لكن المستأجر قد يستغني عن العين. فلو لم تجز الإجارة لأدى إلى فوات ماله وما قابله، وهذا مفقود في المستعير. فوجب بقاؤه على المنع، عملاً بمقتضى الدليل، السالم عن المعارض.

وأما كون مالك العارية له تضمين من شاء من المستعير أوّلاً والمستعير ثانياً إذا أعار[1] الأول العارية لآخر؛ فلأن كل واحدٍ منهما متعدٍّ.

فإن قيل: إذا لم يعلم المستعير الثاني الحال لا يوصف بالتعدي.

قيل: إن علم فالعلة ما ذكر، وإن لم يعلم فيجب عليه الضمان لحصول التلف في يده.

وأما كونه يستقر الضمان على الثاني؛ فلأن التلف حصل في يده.

قال: **(وعلى المستعير مؤونة رد العارية. فإن ردّ الدابة إلى اصطبلِ المالك أو غلامهِ لم يبرأ من الضمان إلا أن يردها إلى من جرت عادته بجريان ذلك على يده؛ كالسائسِ ونحوه)**.

أما كون مؤونة رد العارية على المستعير؛ فلأن النبي ﷺ قال: «العارية مُؤَدّاة»[2]، وقال: «على اليد ما أخذت حتى ترده»[3]. وإذا كانت واجبة الرد وجب أن تكون مؤونة الرد على من يجب عليه الرد.

وأما كونه لا يبرأ من الضمان إذا ردّ الدابة إلى اصطبل المالك؛ فلأنه لم يردها إلى المالك، ولا إلى وكيله. أشبه ما لو ردّها إلى أجنبي.

---

(١) في هـ: عار.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٠٣.

(٣) سبق تخريجه ص: ٥١١.

وأما كونه لا يبرأ إذا ردها إلى غلامه الذي لم تجر عادته بجريان ذلك على يده؛ فلأنه لم يقبضها مأذون له في القبض قولاً ولا عُرفاً. أشبه ما لو ردّها إلى الاصطبل.

وأما كونه يبرأ إذا ردّها إلى من جرت عادته بما تقدم ذكره؛ كالسائسِ ونحوه؛ فلأن العرف قائمٌ مقام صريح الإذن.

فصل [إذا اختلف المعير والمستعير]

قال المصنف رحمه الله: (**إذا اختلفا فقال: أجرتك، قال: بل أعرتني عقيب العقد. فالقول قول الراكب. وإن كان بعد مضي مدة لها أجرة فالقول قول المالك فيما مضى من المدة دون ما بقي منها. وهل يستحق أجرة المثل أو المدعى إن زاد عليها؟ على وجهين**).

أما كون القول قول الراكب مع الاختلاف عقيب العقد؛ فلأن المالك يدعي عقداً ينكره الراكب. فكان القول قوله؛ كسائر من أنكر.

وأما كون القول قول المالك فيما مضى مع الاختلاف بعد مضي مدةٍ لها أجرة؛ فلأن قابض العين ادعى الإذن في الانتفاع بغير عوض، والمالك ينكره، [والقول قول المنكر][1].

وأما كونه لا يقبل قوله فيما بقي؛ فلأنه يدعي عقداً الأصل عدمه، وشغلَ ذمة غيره، والأصل براءتها.

وأما كونه يستحق فيما يقبل قوله فيه أجرة المثل على وجهٍ؛ فلأنهما لو اتفقا على الإجارة واختلفا في قدر الأجرة وجب أجرة المثل فمع الاختلاف في الأصل بطريق الأولى.

وأما كونه يستحق المدعى إن زاد على أجرة المثل على وجهٍ؛ فلأن المالك قُبل قوله في الإجارة. فوجب أن يقبل في المدعى بالقياس عليها.

---

(١) زيادة من أ.

قال: **(وإن قال: أعرتك، قال: بل أجرتني والبهيمة تالفة : فالقول قول المالك. وإن قال: أعرتني أو أجرتني، قال: بل غصبتني : فالقول قول المالك. وقيل: قول الغاصب).**

أما كون القول قول المالك إذا ادعى العارية وادعى مَنِ العين في يده الإجارة والبهيمة تالفة؛ فلأنهما اختلفا في صفة القبض. والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان ؛ لقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى ترده»[1].

وأما كون القول قول المالك فيما إذا قال مَنِ العين في يده: أعرتني أو أجرتني، فقال المالك: بل غصبتني على المذهب؛ فلما ذكر.

وأما كون القول قول الغاصب على قولٍ؛ فلأن المالك يدعي عليه عوضاً، الأصل براءة ذمته منه.

ولأن الظاهر مِنَ اليد أنها بحق. فكان القول قول صاحب اليد.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥١١.

كتاب الغصب

الغصب حرامٌ بالكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتُدْلُوا بها إلى الحُكّامِ لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم﴾ [البقرة:١٨٨].

وأما السنة فما روى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته: «إن دماءَكمْ وأموالَكُمْ حرامٌ كحرمةِ يومكمْ هذا، في شهركمْ هذا، في بلدكمْ هذا»[١] رواه مسلم[٢].

وعن سعيد بن زيد قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «منْ أخذَ شِبراً من الأرضِ ظُلماً طُوِّقَهُ من سَبعِ أَرضين»[٣] متفق عليه.

وقال عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلمٍ إلا عن طيبِ نفسه»[٤] رواه ابن ماجة والدارقطني والجوزجاني.

وأما الإجماع فأجمع المسلمون على تحريمه.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٥٤) ٢: ٦٢٠ كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى. عن أبي بكرة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٠٢٦) ٣: ١١٦٨ كتاب بدء الخلق، باب ما جاء في سبع أرضين.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٠) ٣: ١٢٣١ كتاب المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (٢٠٧١٤) ٥: ٧٢.
وأخرجه الدارقطني في سننه (٩٢) ٣: ٢٦ كتاب البيوع. كلاهما عن أبي حرة الرقاشي عن عمه. ولم أره في ابن ماجة.

قال المصنف رحمه الله: (**وهو : الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق. وتُضمن أم الولد والعقار بالغصب. وعنه: ما يدل على أن العقار لا يضمن بالغصب**).

أما قول المصنف رحمه الله: وهو الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق؛ فبيان لمعنى الغصب شرعاً.

وأما كون أم الولد تضمن بالغصب؛ فلأنها تجري مجرى المال. بدليل أنها تضمن بالقيمة في الإتلاف.

ولأنها مملوكة. أشبهت المدبرة.

وأما كون العقار يضمن بالغصب على المذهب؛ فلقوله عليه السلام في بعض ألفاظ الحديث: «من غصبَ شبراً من أرض طُوِّقَه يوم القيامة من سبع أرضين»[1]. أخبر أنه غصب.

ولأن ما يضمن في الإتلاف يجب أن يضمن في الغصب ؛ كالمنقول.

وأما كونه لا يضمن بالغصب على رواية؛ فلأنه لا يوجد فيه النقل والتحويل. فلم يضمن ؛ كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع.

ولأن الغصب إثبات اليد على المال تزول به يد المالك، ولا يمكن ذلك في العقار.

والأول أصح؛ لما ذكر.

---

(١) سبق تخريجه من حديث سعيد بن زيد ص: ٥١٨. ولم أقف عليه بهذا اللفظ : «من غصب ... ». نعم روى الطبراني في الكبير من حديث وائل بن حجر : «من غصب رجلا أرضا لقي الله وهو عليه غضبان» (٢٥) ٢٢: ١٨.

قال: **(وإن غصب كلباً فيه نفع، أو خمر ذِمِّي: لزمه رده. وإن أتلفه لم تلزمه قيمته. وإن غصب جلد ميتة فهل يلزمه رده؟ على وجهين. فإن دبغه وقلنا بطهارته لزمه رده)**.

أما كون الغاصب يلزمه رد الكلب ذي النفع؛ فلأنه يجوز اقتناؤه والانتفاع به. فلزم رده؛ كسائر الأموال المنتفَع بها.

وأما كونه يلزمه رد خَمْر الذمي؛ فلأنه يُقَرُّ على شربها.

ولأنها مالٌ عنده. فلزم ردها؛ كسائر أمواله.

وأما كونه لا يلزمه قيمة الكلب إذا أتلفه؛ فلأنه ليس له عوض شرعي؛ لأنه لا يجوز بيعه.

وأما كونه لا يلزمه قيمةُ خمر الذمي إذا أتلفها؛ فلما روى جابر أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله ورسولَهُ حرمَ بيعَ الخمرِ، والميتةِ، والخنزيرِ، والأصنام»[1]. متفق على صحته.

وما حرُم بيعه لا لحرمته لم تجب قيمته؛ كالميتة.

ولأن ما لم يكن مضموناً في حق المسلِم لم يكن مضموناً في حق الذمي؛ كالمرتد.

وأما كونه يلزمه ردّ جلد الميتة ففيه وجهان مبنيان على الروايتين في طهارته بالدبغ: فعلى رواية الطهارة: يلزمه رده؛ لأنه يمكن إصلاحه. أشبه الثوب النجس، وعلى الأخرى: لا يلزمه رده؛ لأنه لا سبيل إلى إصلاحه.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٢١) ٢: ٧٧٩ كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨١) ٣: ١٢٠٧ كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام.

وأما[1] كونه يلزمه رده إذا دبغه وقلنا بطهارته؛ فلأنه طاهر له قيمة. فلزمه رده؛ كسائر الأموال الطاهرة.

قال: **(وإن استولى على حر لم يضمنه بذلك إلا أن يكون صغيراً ففيه وجهان. فإن قلنا: لا يضمنه فهل يضمن ثيابه وحُلِيَّه؟ على وجهين)**.

أما كون الغاصب لا يضمن الحر الكبير بالاستيلاء؛ فلأنه ليس بمال.

وأما كونه لا يضمن الصغير في وجهٍ؛ فلما ذكر في الحر الكبير.

وأما كونه يضمنه في وجهٍ؛ فلأنه لا يقدر على الامتناع فجرى مجرى القماش.

وأما كونه يضمن ما عليه إذا قلنا [يُضمن فلا إشكال.

ولأنه حينئذ بمنزلة عبد عليه قماش.

وأما كونه لا يضمنه إذا قلنا][2] لا يضمن على وجهٍ؛ فلأنه تبعٌ لما لا يضمن. فلو ضمن لرجح التابع على المتبوع.

وأما كونه يضمنه على وجهٍ؛ فلأن عدم الضمان في الصغير لكونه ليس بمالٍ، وهذا مفقودٌ فيما عليه.

قال: **(وإن استعمل الحر كرهاً فعليه أجرته. وإن حبسه مدة فهل تلزمه أجرته؟ على وجهين)**.

أما كون المستعمل للحر كرهاً عليه أجرته؛ فلأن منافع الحر مالٌ. بدليل صحة مقابلتها بالمال في باب الإجارة. وإذا كانت مالاً وجب أن تضمن؛ كسائر الأموال.

---

(١) في هـ: أما.

(٢) ساقط من هـ.

وأما كونه تلزمه أجرته إذا حبسه مدة على وجهٍ؛ فلأنه فوّت منافعه . أشبه ما لو استعمله.

وأما كونه لا تلزمه على وجهٍ؛ فلأنه ما استعمله . أشبه ما لو لم يحبسه.

فصل [في رد المغصوب]

قال المصنف رحمه الله: **(ويلزمه رد المغصوب إن قدر على ردّه وإن غرم عليه أضعاف قيمته. وإن خلطه بما يتميز منه لزمه تخليصه وردّه. وإن بنى عليه لزمه ردّه. إلا أن يكون قد بلي. وإن سمّر بالمسامير باباً لزمه قلعها وردها).**

أما كون الغاصب يلزمه ردّ المغصوب مع القدرة على رده؛ فلأن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى ترده»[1].

ولأن حق المغصوب منه متعلق بعين ماله ولا يتحقق ذلك إلا بردّه.

وأما قول المصنف رحمه الله: وإن غرم عليه أضعاف قيمته فتنبيهٌ على أن غرامة الغاصب على ردّه لا تُسقط الرد؛ لأنه هو المتعدي فلم يُنظر إلى مصلحته.

ولأنه هو المفرّط فكان أولى بالغرامة.

وأما كونه يلزمه تخليصه وردّه إذا خلطه بما يتميز منه؛ فلأنه أمكنه ردّ مال غيره فلزمه ذلك كما لو لم يخلطه بغيره.

وأما كونه يلزمه ردّ ما بُني عليه إذا لم يكن قد بلي؛ فلأنه مغصوبٌ يمكن ردّه. فوجب؛ كما لو لم يبنِ عليه.

وأما كونه لا يلزمه ردّه إذا كان قد بلي؛ فلأنه هلك فلم يلزم رده؛ كما لو غصب شيئاً فتلف.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥١١.

وأما كونه يلزمه قلع المسامير من الباب المسمّرة فيه؛ فلأن ردها واجب لما يأتي، ولا يمكن ذلك إلا بالقلع، ولا أثر لضرره؛ لأنه حصل بتعدّيه.

وأما كونه يلزمه ردها؛ فلأن ذلك حقٌّ يمكن إيصاله إلى مستحقه فلزمه ردها؛ كما لو كانت باقية لم يسمّرها فيه.

قال: **(وإن زرع الأرض وردّها بعد أخذ الزرع فعليه أجرتها. وإن أدركها ربُّها والزرع قائم خُيّر بين تركه إلى الحصاد بأجرته وبين أخذه بعوضه. وهل ذلك قيمته أو نفقته؟ على روايتين. ويحتمل أن يكون الزرع للغاصب، وعليه الأجرة).**

أما كون أجرة الأرض على زارعها غصباً إذا ردّ الأرض بعد أخذ الزرع؛ فلأنه استوفى نفعها. فوجب عليه عوضه؛ كما لو استوفاه بالإجارة.

ولأن المنفعة مالٌ. فوجب أن تُضمن؛ كالعين.

وأما كون رب الأرض يخيّر بين ترك الزرع إلى الحصاد بالأجرة، وبين أخذه بعوضه على المذهب؛ فلأن كل واحدٍ منهما يُحَصِّل غرضه. فمَلك الخيرةَ بينهما، تحصيلاً لغرضه.

ولأن الحق له. فإذا تركه بأجرة مثله كان رضاً منه بأخذ عوضه. فكان له ذلك؛ كالأرض المستأجرة إذا انقضت الإجارة، وفيها زرع فرّط في إبقائه.

وإذا أخذه بعوضه كان ذلك له؛ لما روى رافع بن خديج قال: قال رسول الله ﷺ: «منْ زرعَ في أرضِ قومٍ بغيرِ إذنهمْ فليسَ له من الزرعِ شيءٌ، وله نفقتُه»[1]. رواه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي. وقال: حديث حسن.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٠٣) ٣: ٢٦١ كتاب البيوع، باب في زرع الأرض بغير إذن صاحبها.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٦٦) ٣: ٤٩٢ كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن زرع في أرض قوم بغير إذنهم.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٦٦) ٢: ٨٢٤ كتاب الرهون، باب من زرع في أرض قوم بغير إذنهم. ⇦

وفي كلام المصنف رحمه الله إشعار بأن الغاصب لا يجبر على قلع الزرع. وصرح به في المغني وغيره؛ لأن في أخذه بعوضه أو تركه بأجرته جمعاً بين الحقين.

ولأنه لو حمل في سفينة غيره مالاً وأدخلها لُجّة البحر لا يجبر على إلقاء المتاع في البحر. ولو غصب لوحاً فرقع به سفينة لم يجبر على قلعه في لُجّة البحر. فكذلك هاهنا.

ولأنه زرعٌ حصل في ملك غيره. فلم يجبر على قلعه على وجهٍ يضر به؛ كما لو كانت الأرض مستعارة أو مشفوعة.

وأما كون عوض الزرع قيمته وقت أخذه على روايةٍ؛ فلأنها بدل عن الزرع فتقدرت بقيمته.

ولأن الزرع للغاصب إلى حين انتزاع المالك. فوجب أخذه بقيمته؛ كما لو أخذ الشقص المشفوع.

قال المصنف في المغني: فعلى هذا ينبغي[1] أن يجب على الغاصب أجرة الأرض إلى حين تسليم الزرع؛ لأن الزرع كان محكوماً له به، وقد شغل به أرض غيره.

وأما كونه له[2] نفقته على روايةٍ؛ فلما تقدم من الحديث.

والنفقة: هي ما أنفق من البَذر، ومؤونة الزرع في الحرث، والسقي، وغيره.

وأما كون الزرع يحتمل أن يكون للغاصب؛ فلأنه نماء البَذر، وهو ملكه.

وأما كون الأجرة عليه؛ فلأنه استوفى منفعة الأرض. فلزمته الأجرة لما تقدم.

والأول أصح؛ لما تقدم من الحديث، والجمع بين الحقين.

⇨

وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٣٠٨) ٤: ١٤١.

(١) في هـ: يجب.

(٢) ساقط من هـ.

قال: **(وإن غرسها أو بنى فيها أُخذ بقلع غرسه، وبنائه، وتسوية الأرض، وأرش نقصها، وأجرتها)**.

أما كون الغاصب يؤخذ بقلع غرسه؛ فلقوله عليه السلام: «ليسَ لعرقِ ظالمٍ حقٌّ»[1] رواه أبو داود والترمذي: وقال: حديث حسن[2].

ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه بغير إذنه. فلزمه تفريغه؛ كما لو جعل فيه قماشاً.

فإن قيل: فما الفرق بينه وبين الزرع؟

قيل: الزرع لا تطول مدته. بخلاف الغرس.

وأما كونه يؤخذ بقلع بنائه؛ فلأنه يؤخذ بقلع الغرس لما تقدم؛ فلأن يؤخذ بقلع بنائه بطريق الأولى؛ لأن ضرر البناء أكثر وأدْوَم.

وأما كونه يؤخذ بتسوية الأرض وأرش النقص؛ فلأنه نقص حصل بسبب تعدِّيه.

وأما كونه يؤخذ بالأجرة؛ فلما تقدم.

قال: **(وإن غصب لوحاً فرقع به سفينة لم يقلع حتى ترسي)**.

أما كون اللوح لا يقلع قبل إرساء السفينة؛ فلأن في قلعه إفساداً لمال الغير مع إمكان ردّ الحق إلى مستحقه بعد زمنٍ يسير.

وأما كلام المصنف رحمه الله فمشعرٌ بأمرين:

أحدهما: أن اللوح يُقلع إذا أرست السفينة وهو صحيح؛ لأنه أمكن ردّ الحق إلى مستحقه من غير ضرر أحد.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٧٣) ٣: ١٧٨ كتاب الخراج، باب في إحياء الموات.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٧٨) ٣: ٦٦٢ كتاب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات.

(٢) ساقط من هـ.

وثانيهما: أنه لا فرق بين مال الغاصب وبين غيره؛ لاشتراكهما.

وقال صاحب النهاية فيها بعد ذكر مال الغاصب: ويحتمل أن يُقلع، ولا يُنظر ذلك؛ كما لا يُنظر وقوع البناء الذي بُني على دَفٍّ غُصب. ثم قال: والأول أصح؛ لأن ضرر المالك في السفينة يزول عن قريبٍ والبناء يراد للتأبيد.

قال: **(وإن غصب خيطاً فخاط به جرح حيوان وخيف عليه من قلعه فعليه قيمته. إلا أن يكون الحيوان مأكولاً للغاصب فهل يلزمه رده ويذبح الحيوان؟ على وجهين. وإن مات الحيوان لزمه ردّه إلا أن يكون آدمياً).**

أما كون الغاصب عليه قيمة الخيط الذي خاط به جرح حيوان غير مأكول؛ فلأنه تعذر ردّ الخيط إلى صاحبه. فوجب[1] أن يجب بدله وهو القيمة.

وقول المصنف: فعليه قيمته مشعرٌ بأنه: لا يلزمه قلعه. وصرح به في المغني؛ لأن الحيوان آكد حرمةً من المال. ولهذا يجوز أخذ مال الغير لحفظ حياته.

وأما كونه لا يلزمه ردّه إذا خاط به جرحَ حيوان مأكولٍ على وجهٍ؛ فلما تقدم من أن الحيوان آكد حرمةً في نفسه، وقد «نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير مأكلةٍ».

وأما كونه يلزمه رده على وجهٍ؛ فلأنه يمكنه ذبح الحيوان، والانتفاع بلحمه، وذلك جائز.

وقول المصنف: للغاصب مشعرٌ بأن الوجهين في ملك الغاصب، فإن كان ملكاً لغيره لم يلزمه ردّه، وصرح به في المغني؛ لأن فيه ضرراً بصاحب الحيوان، والضرر لا يزال بالضرر. ولا يجوز إتلاف مالِ مَنْ لم يجن، صيانةً لمال آخر.

---

(١) في هـ: فيجب.

وأما كونه يلزمه الردّ بعد موت الحيوان غير الآدمي؛ فلأن الدليل يقتضي الرد، لكونه إيصالاً للمال إلى مالكه خولف فيما إذا كان الحيوان حياً لحرمته. فبقي فيما عدا الحيوان على مقتضى الدليل.

ولأن عدم الرد في الحياة إنما كان خشية التلف فإذا مات أمكن ذلك.

وأما كونه لا يلزمه الرد في الآدمي الميت؛ فلأن حرمة الميت كحرمة الحي، وقد جاء في الحديث: «كسرُ عظمِ الميتِ كَكَسْرِ عظمِ الحي»[1].

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٢٠٧) ٣: ٢١٢ كتاب الجنائز، باب في الحفار يجد العظم هل يتنكب ذلك المكان.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٦١٧) ١: ٥١٦ كتاب الجنائز، باب في النهي عن كسر عظام الميت. قال في الزوائد: في إسناده عبد الله بن زياد، مجهول. ولعله عبد الله بن زياد بن سمعان المدني، أحد المتروكين.

فصل [إذا رد المغصوب]

قال المصنف رحمه الله: **(وإن زاد لزمه ردّه بزيادته. سواء كانت متصلة؛ كالسمنِ، وتعلم صَنعة، أو منفصلة؛ كالولد، والكسب. ولو غصب جارحاً فصاد به، أو شبكة، أو شِرْكاً فأمسك شيئاً، أو فرساً فصاد عليه، أو غنم: فهو لمالكه)**.

أما كون الغاصب يلزمه ردّ المغصوب؛ فلما تقدم[1].

وأما كونه يلزمه ردّ زيادته؛ فلأنها نماء ملك المالك. فلزم ردها؛ كالأصل.

وأما كون الزيادة المتصلة والمنفصلة سواء في لزوم الرد؛ فلاشتراكهما في كونهما نماء ملك المغصوب منه.

وأما كون الصيد والغنيمة في المسائل المذكورة لمالك الجارح والشبكة والشِّرْك والفرس؛ فلأن ذلك كله حصل بسبب ملكه. فكان له؛ كما لو غصب دابة فحمل عليها مال غيره. فإن الأجرة مستحقة للمالك دونه.

قال: **(وإن[2] غصب ثوباً فقَصَرَه، أو غزلاً فنسجه، أو فضة أو حديداً فضربه، أو خشباً فنجره، أو شاة فذبحها وشواها: ردّ ذلك بزيادته، وأرش نقصه، ولا شيء له. وعنه: يكون شريكاً بالزيادة. وقال أبو بكر: يملكه وعليه قيمته)**.

---

(١) ص: ٥٢٣.

(٢) في هـ: ولو.

أما كون الغاصب يلزمه ردّ ذلك كله بزيادته على المذهب؛ فلأن ذلك عين المال المغصوب منه. فلزمه ردّه إليه؛ كما لو ذبح الشاة و لم يشوها.

ولأن كل ما فعله الإنسان بماله لا يزيل ملكه عنه، إذا فعله بملك غيره لا يزيل ملكه عنه؛ لأن الفعل المذكور إذا لم يكن صالحاً للإزالة. فلأن لا يكون صالحاً للإزالة في ملك غيره بطريق الأولى.

وأما كونه يردّ أرش النقص إن نقص المغصوب بذلك؛ فلأنه حصل بفعله.

وأما كون الغاصب لا شيء له بعمله المؤدي إلى الزيادة على المذهب؛ فلأنه تبرع في ملك غيره.

وأما كونه شريكاً بالزيادة على رواية؛ فلأن الزيادة حصلت بمنافعه، والمنافع تجري مجرى الأعيان. أشبه ما لو غصب ثوباً فصبغه. وفرّق المصنف بينهما بأن الصبغ عين مال لا يزول ملك مالكه عنه بجعله مع ملك غيره. بخلاف ما ذُكر. وذكر أبو الخطاب: أنه يكون شريكاً على الصحيح.

وأما كونه يملك ذلك وعليه قيمته على قول أبي بكر؛ فلأنه يروى «أن النبي ﷺ زار قوماً من الأنصار في دارهم. فقدموا إليه شاةً مشوية. فجعل يُلوكُها ولا يسيغها. فقال: إن هذه الشاة لتخبرني أنها أُخذت بغير حق. فقالوا: نعم يا رسول الله! طلبنا شاة في السوق فلم نجد. فأخذنا شاة لبعض جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها. فقال النبي ﷺ: أطعموها الأسرى»[1].

وجه الدلالة: أنه لو لم ينقطع ملك المالك لأمر بردها إليه.

---

(١) لم أقف عليه هكذا. وقد أخرج أحمد في مسنده عن جابر: «أن رسول الله ﷺ وأصحابه مروا بامرأة. فذبحت لهم شاة واتخذت لهم طعاماً. فلما رجع قالت: يا رسول الله! إنا اتخذنا لكم طعاماً فادخلوا فكلوا. فدخل رسول الله ﷺ وأصحابه، وكانوا لا يبدؤون حتى يبتدأ النبي ﷺ. فأخذ النبي ﷺ لقمة. فلم يستطع أن يسيغها. فقال النبي ﷺ: هذه شاة ذُبحت بغير إذن أهلها. فقالت المرأة: يا نبي الله! إنا لا نحتشم من آل سعد بن معاذ ولا يحتشمون منا. نأخذ منهم ويأخذون منا». (١٤٨٢٧) ٣: ٣٥١.

وذكر المصنف في المغني : أن كلام أحمد يدل على أن الغاصب ملكها بالقيمة . ثم قال: إلا أن المذهب ما قلناه . يعني: أن الملك باقٍ على ملك مالكه ، ووجهه[1] ما تقدم. ثم[2] قال: والحديث غير معروف كما روي.

قال: **(وإن غصب أرضاً فحفر فيها بئراً ، ووضع ترابها في أرض مالكها : لم يملك طمها إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف بها في أحد الوجهين)**.

أما كون الغاصب لا يملك طم البئر المتقدم ذكرها إذا أبرأه المالك من الضمان في وجهٍ ؛ فلأنه إتلاف لا نفع فيه فلم يكن له فعله ؛ كما لو غصب نقرةً فضربها دراهم ثم أراد ردها نقرة.

وأما كونه يملك طمها في وجهٍ ؛ فلأنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك له ؛ لأنه إبراء مما لم يجب بعد.

ولأنه إبراء من حق غيره ، وهو الواقع فيها .

وكلام المصنف في المغني يشعر بترجيح الأول ؛ لأنه قال بعد ذكر المسألة: ولنا : أن الضمان إنما لزمه لوجود التعدي، فإذا رضي صاحب الأرض زال التعدي فزال الضمان، وليس هذا إبراء مما لم يجب إنما هو إسقاط للتعدي لرضاه بذلك.

وفي تقييد المصنف الخلاف المذكور بوضع التراب في أرض المالك ، وبإبرائه : إشعارٌ بأن الغاصب إذا وضع التراب في أرض غير المالك ، أو لم يبرئه صاحب الأرض لا يجري الخلاف المذكور . وهو صحيح : أما مع كون التراب في أرض غير المالك؛ فلأن التراب متى كان في أرض غير[3] المالك كان له في طم البئر غرض منه ، أمنه من إلزامه نقل التراب إلى موضع يستضر بنقله إليه.

---

(١) في هـ: ووجه.
(٢) ساقط من هـ.
(٣) ساقط من هـ.

وأما مع عدم إبراء المالك من الضمان ؛ فلما فيه من الضرر اللاحق بـه ، المنفـي شرعاً.

قال: (**وإن غصب حباً فزرعه ، أو بيضاً فصار فرخاً ، أو نوًى فصار غرساً : ردّه، ولا شيء له. ويتخرّج فيه مثل الذي قبله**).

أما كون الغاصب يرد ما ذُكر على المذهب؛ فلأنه عينُ مال مالكه.

وأما كونه لا شيء له؛ فلأنه تبرعٌ بفعله.

وأما كون ما ذكر يتخرج فيه مثلُ الذي قبله . والمراد به الغزل إذا نسج؛ فلأنه يساويه معنى . فوجب أن يساويه حكماً.

فصل [إذا نقص المغصوب]

قال المصنف رحمه الله: **(وإن نقص لزمه ضمان نقصه بقيمته، رقيقاً كان أو غيره. وعنه: أن الرقيق يُضمن بما يضمن به في الإتلاف. ويتخرج أن يضمن بأكثر الأمرين منهما. وإن غصبه وجنى عليه ضمنه بأكثر الأمرين. وإن جنى عليه غيرُ الغاصب فله تضمين الغاصب أكثر الأمرين، ويرجع الغاصب على الجاني بأرش الجناية. وله تضمين الجاني أرش الجناية وتضمين الغاصب ما بقي من النقص. وإن غصب عبداً فخصاه لزمه رده ورد قيمته. وعنه: في عين الدابة من الخيل والبغال والحمير ربع قيمتها. والأول أصح).**

أما كون الغاصب يلزمه ضمانُ ما نقص من عين الرقيق بالقيمة؛ فلأنه يُضمن بذلك في الإتلاف فكذا هاهنا؛ لاشتراكهما في التلف تحت يد عادية.

وأما كون الرقيق يُضمن بذلك على المذهب؛ فبالقياس على غيره؛ لاشتراكهما في التلف.

وأما كونه يُضمن بما يُضمن به في الإتلاف. على روايةٍ؛ فكما لو أتلفه غير الغاصب.

وأما كونه يتخرج أن يضمنه بأكثر الأمرين المتقدم ذكرهما؛ فلأن في ذلك ردعاً للغاصب، وكما لو غصبه ثم أتلفه.

وأما كونه يَضمن أكثر الأمرين إذا غصبه وجنى عليه؛ فلأنه وجد سبب ضمان كل واحدٍ منهما. فوجب اعتبار أكثرهما ترتيباً على السبب الموجب[1] ما يقتضيه.

وأما كون المالك له الخيرة بين تضمين الغاصب وبين تضمين الجاني إذا جنى عليه غير الغاصب؛ فلأن كل واحدٍ منهما متعدٍّ: أما الغاصب؛ فلأن النقص حصل في يده، وأما الجاني؛ فلأن النقص حصل بإتلافه.

فعلى هذا إن ضمّن الغاصب ضمّنه أكثر الأمرين لما تقدم. ويرجع الغاصب على الجاني بأرش الجناية، لأنه هو المتلف. وإن ضمّن الجاني ضمّنه أرش الجناية لا أكثر الأمرين؛ لأن أكثر الأمرين إنما وجب لوجود اليد العادية، ولا يد للجاني[2]، وضمّن الغاصب ما بقي من أكثر الأمرين؛ لأنه كان يجب عليه أكثر الأمرين. سقط منه قدر أرش الجناية؛ لأنه استوفي من فاعلها فبقي الباقي على ما كان عليه.

وأما كونه يلزمه ردّ العبد إذا خصاه؛ فلأنه عينُ ملك غيره.

وأما كونه يلزمه ردّ قيمته؛ فلأن الخصيتين يجب فيهما كمالُ القيمة؛ كما يجب فيهما كمال الدية من الحرّ.

وأما كون الدابة من الخيل والبغال والحمير يَضمن عينها بربع قيمتها على روايةٍ؛ فلما روى زيد بن ثابت «أن النبي ﷺ قضى في عين الدابة بربع قيمتها».

وروي عن عمر رضي الله عنه «أنه كتب إلى شُريح لما كتب إليه يسأله عن عين الدابة: إنا كنا ننزلها منزلة الآدمي. إلا أنه أجمع رأينا أن قيمتها ربع الثمن»[3].

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: الجاني.

(٣) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه نحوه (١٨٤١٨) ١٠: ٤٠٠ كتاب العقول، باب عين الدابة.

وأما كون الأول أصح. والمراد به أن المغصوب يضمن نقصه بالقيمة، رقيقاً كان أو غيره؛ فلما ذكر.

ولأن ضمان اليد ضمان المال فكان الواجب فيه ما نقص؛ كالثوب. وحديث زيد لا يُعرف صحته ولو صح لما احتج الإمام أحمد وغيره بحديث عمر، وتركوا قول النبي ﷺ. وقول عمر محمول على أن ذلك كان قدر نقصها؛ كما روي عنه «أنه قضى في العين القائمة بخمسين ديناراً»[1]. ولو كان تقديراً لوجب في العين نصف الدية كعين الآدمي.

قال: **(وإن نقصت العين لتغير الأسعار لم يضمن. نص عليه. وإن نقصت القيمة لمرض ثم عادت ببرئه لم يلزمه شيء. وإن زاد من جهة أخرى؛ مثل: إن تعلم صنعة فعادت القيمة ضمن النقص)**.

أما كون الغاصب لا يضمن النقص لتغير الأسعار على المنصوص؛ فلأنه ردّ المغصوب بحاله، لم ينقص منه عين ولا أثر. فلم يجب عليه شيء؛ كما لو لم ينقص في السوق.

وأما كونه لا يلزمه شيء إذا نقصت القيمة لمرض، ثم عادت ببرئه؛ فلأنه عاد ما ذهب. أشبه ما لو أَبَق العبد ثم عاد.

وأما كونه يضمن بعض ما زاد من جهة أخرى؛ مثل: إن تعلم صنعة، وعادت القيمة؛ فلأن حدوث المرض أوجب الضمان، والزيادة حدثت على ملك المغصوب منه. فلا ينجبر ملك الإنسان بملكه.

قال: **(وإن زادت القيمة لسمنٍ أو نحوه. ثم نقصت: ضمن الزيادة. وإن عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها لم يضمنها في أحد الوجهين. وإن كانت من**

---

(١) لم أقف عليه هكذا. وقد أخرجه عبدالرزاق في مصنفه عن قتادة قال: «قضى عمر بن الخطاب في العين القائمة إذا فقئت بثلث ديتها». (١٧٤٤١) ٩: ٣٣٤ كتاب العقول، باب العين القائمة.

غير جنس الأولى لم يسقط ضمانها . وإن غصب عبداً مفرطاً في السِّمَنِ، فهُزِل، فزادت قيمته : ردّه ولا شيء عليه).

أما كون الغاصب يضمن زيادة القيمة بسِمَنٍ أو نحوه إذا نقصت؛ فلأنها زيادة في عين المغصوب . فوجب أن يضمنها؛ كما لو طالبه بردّها فلم يردّها.

وأما كونه إذا عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها ؛ كمن غصب عبداً قيمته مائة فسَمِن فصارت قيمته مثلاً مائتين . ثم ذهب السِّمَن فصارت قيمته مائة . ثم سَمِن فصارت قيمته مائتين لا يضمن الزيادة وهي هنا مائة في وجهٍ ؛ فلما ذكر في برء العبد بعد مرضه.

وأما كونه يضمنها في وجهٍ ؛ فكما لو كانت الزيادة من جنس آخر.

وأما كون الضمان لا يَسقط إذا كانت الزيادة من غير جنس الأولى ؛ فلما ذكر في الصحيح إذا مرض ثم تعلم صنعة.

وأما كونه يردّ العبد إذا غصبه مفرطاً في السِّمَن فهُزِل فزادت قيمته؛ فلأنه عين ملك غيره.

وأما كونه لا شيء عليه؛ فلأنه لم تنقص قيمته.

قال: **(وإن نقص المغصوب نقصاً غير مستقر ؛ كحنطة ابتلّت وعفنت : خُيِّر بين أخذ مثلها ، وبين تركها حتى يستقر فسادها . ويأخذها وأرش نقصها).**

أما كون مالك ما ذكر يخير بين ما ذُكر؛ فلأنه لا يمكن أن يجب له المثل ؛ لأن عين حقه موجودة ، ولا يمكن أن يجب له أخذها في الحال ؛ لأنه لا يخلو: إما أن يجب مع الأرش النقص ، أو لا ، مع أرشه ، وكلاهما باطل: أما الأول؛ فلأنه يلزم منه سقوط حقه بسبب النقص.

وأما الثاني؛ فلأن أرش العيب قبل استقرار العيب لا يمكن معرفته ولا ضبطه . وإذا كان الأمر كذلك كان له الخيرة بين أخذ المثل ؛ لأن في التأخير إلى أن يستقر

الفساد ضرراً، وقد تعذر قبولها معيبة في الحال؛ لما تقدم فلم يبق سوى المثل، وبين تركه حتى يستقر الفساد؛ لأن التأخير ضرر[1] عليه. فإذا رضي بإسقاطه سقط فإذا استقر أخذ العين؛ لأنها ملكه، وأخذ أرش النقص من الغاصب؛ لأنه حصل بجنايته. أشبه تلف الجزء المغصوب.

قال: **(وإن جنى المغصوب فعليه أرش جنايته. سواء جنى على سيده أو غيره. وجنايته على الغاصب وعلى ماله هدر)**.

أما كون أرش جناية المغصوب على الغاصب؛ فلأنه نقص في مالية العبد لكونه يتعلق برقبته فكان مضموناً على الغاصب؛ كسائر النقص.

وأما كون جنايته[2] على سيده وجنايته على غيره سواء؛ فلحصولهما تحت يده العادِيَة.

وأما كون جنايته على الغاصب وعلى ماله هدراً؛ فلأنها إذا كانت على الغير كانت على الغاصب، وإذا كانت على نفسه أو ماله وجب أن تكون هدراً؛ كسيد غير المغصوب إذا جنى عبده عليه أو على ماله.

قال: **(وتُضمن زوائد الغصب؛ كالولد، والثمرة إذا تلفت، أو نقصت؛ كالأصل)**.

أما كون زوائد الغصب تضمن؛ فلأنها مال غيره، حصلت في يده بالغصب. فضمنت بالتلف؛ كما لو أتلفها[3]، وقياساً على الأصل.

وأما قول المصنف رحمه الله: إذا تلفت أو نقصت؛ فبيان لنوعي ما يجب به الضمان.

---

(١) في هـ: ضرراً.
(٢) ساقط من هـ.
(٣) في هـ: أتلفها.

وأما قوله: كالأصل؛ فإشارة إلى أن كل ما يضمن به الأصل يضمن به الزوائد لينبه على ذلك، ولينقل كل حكم ثابت في الأصل إلى زوائده.

فصل [إذا خلط المغصوب]

قال المصنف رحمه الله: **(وإن خلط المغصوب بماله على وجهٍ لا يتميز؛ مثل: إن خلط حنطة، أو زيتاً بمثله: لزمه مثله منه في أحد الوجهين، وفي الآخر يلزمه مثله من حيث شاء).**

أما كون الغاصب إذا خلط المغصوب بماله كما ذكر يلزمه ردّ المثل فلا خلاف فيه؛ لأنه مثلي.

وأما كون المثل من المختلط في وجهٍ؛ فلأنه يقدر على دفع بعض ماله فلم ينتقل إلى بدله.

وأما كونه من حيث شاء في وجهٍ؛ فلأنه تعذر ردّ عين ماله بالخلط. فوجب مطلق المثل.

قال: **(وإن خلطه بدونه، أو خَيْرٍ منه، أو بغير جنسه: لزمه مثله في قياس التي قبلها. وظاهر كلامه: أنهما شريكان بقدر ملكيهما).**

أما كون من خلط ما ذكر يلزمه المثل في قياس التي قبلها؛ فلأنه صار بالخلط مستهلكاً. ولهذا لو اشترى زيتاً فخلطه بزيته ثم أفلس صار البائع كسائر الغرماء.

ولأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له الانتقال إلى بدله؛ كما لو كان تالفاً.

وأما كونهما شريكين بقدر ملكيهما في ظاهر كلام أحمد؛ فلأنه إذا فعل ذلك وصل كل واحدٍ إلى عين ماله، وعند إمكان الرجوع إلى عين المال لم يُرجع إلى البدل.

فعلى هذا يباع، ويقسم بينهما على قدر ملكيهما.

قال: **(وإن غصب ثوباً فصبغه، أو سويقاً فلتّه بزيتٍ، فنقصت قيمتهما، أو قيمة أحدهما: ضمن النقص. وإن لم تنقص ولم تزد، أو زادت قيمتهما: فهما شريكان بقدر ماليهما. وإن زادت قيمة أحدهما فالزيادة لصاحبه)**.

أما كون الغاصب يضمن النقص إذا نقصت قيمتهما أو قيمة أحدهما؛ فلأنه نقصٌ حصل بتعديه. فضمن؛ كما لو أتلف بعضه.

ولا بد أن يلحظ أن النقص هنا بسبب العمل. فإن كان بسبب تغير السعر لم يضمنه. صرح به المصنف في المغني.

وأما كونهما شريكين بقدر ماليهما إذا لم ينقص ولم يزد، أو زادت قيمتهما؛ فلأن عين الصبغ ملك الغاصب، واجتماع الملكين يقتضي الاشتراك.

وأما كون الزيادة لصاحب الملك الذي زادت قيمته؛ فلأنها تبع للأصل.

قال: **(فإن أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر عليه. ويحتمل أن يجبر إذا ضمن الغاصب النقص)**.

أما كون كل واحدٍ من الغاصب والمغصوب منه لا يجبر على قلع الصبغ على الأول؛ فلأن المزيد إما المغصوب منه وإما الغاصب: فإن كان المغصوب منه لم يجبر الغاصب عليه؛ لأن الصبغ يهلك بالإخراج وقد أمكن وصول الحق إلى صاحبه بدونه وهو البيع، وإن كان الغاصب لم يجبر المغصوب منه؛ لأن ماله ينقص بسبب أخذه.

وأما كون المغصوب منه يحتمل أن يجبر إذا ضمن الغاصب النقص؛ فلأن المانع ما يلحقه من الضرر، فإذا ضمنه الغاصب انتفى. فوجب أن يجبر. عملاً بالمقتضي له، السالم عن المعارض.

واعلم أن المذهب فيما ذكر: أن الغاصب إذا أراد قلع الصبغ أُجبر المالك، وأن المالك إذا أراد قلعه لم يجبر الغاصب؛ لأن ضرر المالك يندفع بضمان الغاصب نقص الثوب بالقلع. بخلاف الغاصب فإن ضرره لا يندفع لفوات صبغه بالكلية.

وقال المصنف في المغني: إن لم يكن للصبغ قيمة إذا قُلع، فأراد الغاصب القلع: لم يكن له ذلك؛ لأنه سَفَهٌ.

قال: **(وإن وهب الصبغ للمالك، أو وهبه تَرويق الدار، ونحوها. فهل يلزم قبولها؟ على وجهين)**.

أما كون المالك يلزمه القبول على وجهٍ؛ فلأن الصبغ صار من صفات العين. فهو كزيادة الصفة في السلم.

وأما كونه لا يلزمه على وجهٍ؛ فلأن الصبغ عينٌ يمكن إفرادها. فلم يلزمه قبولها؛ كما لو وهبه عيناً مفردة.

قال: **(وإن غصب صبغاً فصبغ به ثوباً، أو زيتاً فلتَّ به سويقاً: احتمل أن يكون كذلك، واحتمل أن تلزمه قيمته، أو مثله إن كان مثلياً)**.

أما كونه يحتمل أن يكون الغاصب والمغصوب منه شريكين بقدر ماليهما، وهو المعني بقول المصنف رحمه الله: احتمل أن يكون كذلك فقياس على ما إذا غصب ثوباً فصبغه.

وأما كونه يحتمل أن يلزم الغاصب مثله إن كان مثلياً، وإلا فقيمته؛ فلأن الصبغ والزيت صار في الثوب والسويق مستهلكين. أشبه ما لو أتلفهما.

قال: **(وإن غصب ثوباً وصبغاً، فصبغه به: ردّه وأرش نقصه، ولا شيء له في زيادته).**

أما كون الغاصب يرد الثوب؛ فلأنه عين ملكِ غيره.

وأما كونه يرد أرش النقص؛ فلأنه حصل بفعله.

وأما كونه لا شيء له في زيادته؛ فلأنه متبرع.

فصل [إذا وطئ الجارية المغصوبة]

قال المصنف رحمه الله: **(وإن وطئ الجارية فعليه الحد والمهر وإن كانت مطاوعة، وأرش البكارة. وعنه: لا يلزمه مهر الثيب. وإن ولدت فالولد رقيق للسيد. ويضمن نقص الولادة).**

أما كون الواطئ عليه الحد؛ فلأنه زانٍ فيدخل تحت الأدلة الموجبة للحد.

وأما كونه عليه المهر إذا كانت الموطوءة بكراً؛ فلأن المهر يجب بالوطء في غير زوجته وأمته. دليله وجوبه في وطء الحرة.

وأما كونه عليه ذلك إذا كانت ثيباً على المذهب؛ فلما ذكر.

وأما كونه لا يلزمه ذلك على روايةٍ؛ فلأنه لم يُنقِص منها جزءاً ولم يُتْلِف بعضها. أشبه ما لو لم يطأها.

والأول أصح؛ لما ذكر.

ولأنه لا فرق بين الثيب والبكر في استحقاق المهر بسبب العقد. فكذا في استحقاقه بسبب الوطء.

وأما كون الحكم كذلك وإن كانت الجارية مطاوعة؛ فلأن المهر هنا للسيد. فلا يسقط بمطاوعتها؛ كما لو أذنت في قطع يدها.

ولأنه حقٌّ يجب للسيد مع إكراهها. فوجب مع مطاوعتها؛ كأجرة منافعها. وبهذا فارقت الحرة المطاوعة إذ لا حقَّ لها فسقط بما يدل على إسقاطه؛ لأن رضاها اقترن بالسبب الموجب.

وأما كونه عليه أرش البكارة؛ فلأنه إذهاب جزء. أشبه قطع يدها.

فإن قيل: لم جمعتم[1] بين المهر وأرش البكارة؟

قيل: لأن كل واحد يُضمن منفرداً. بدليل: أنه لو وطئها ثيباً وجب مهرها، ولو افتضها بأصبعه وجب أرش بكارتها. وإذا وجب ضمانهما منفردين وجب ضمانهما مجتمعين.

وأما كون الولد رقيقاً للسيد؛ فلأن ولد الأمة يتبع أمه في الرق في النكاح الحلال، ففي الحرام بطريق الأولى، لأن حال الجاني يقتضي التحامل عليه؛ لما فيه من الزجر.

وأما كونه يَضمن نقص الولادة؛ فلأنه نقص حصل بفعله. أشبه ما لو نقصت بقطع يدها ونحوه.

قال: **(وإن باعها أو وهبها لعالم بالغصب فوطئها فللمالك تضمين أيهما شاء: نقصها، ومهرها، وأجرتها، وقيمة ولدها إن تلف. فإن ضمَّن الغاصب رجع على الآخر، ولا يرجع الآخر عليه)**.

أما كون المالك له تضمين من شاء من الغاصب والمشتري أو الموهوب له؛ فلأن كل واحدٍ منهما متصرف في ماله بغير إذنه. فوجب تضمين من شاء منهما؛ لما فيه من تحصيل حقه، وزجر من يشتريه من غاصبه أو متهبه.

وأما كونه له تضمين نقص العين المغصوبة ومهرها وأجرتها وقيمة ولدها التالف؛ فلأن ذلك جميعه يضمنه الغاصب لو انفرد فكذا هنا.

---

(١) في هـ: جعلتم.

وأما كون الغاصب يرجع على الآخر إذا ضمّنه المالك؛ فلأن النقص حصل في يده، والمنفعة التي يقابلها المهر، والأجرة حصلت له دون الغاصب، والأولاد ولاده. فوجب أن يستقر ضمان ذلك عليه.

وأما كونه لا يرجع الآخر عليه إذا ضمنه؛ فلأن الغاصب لو ضمّنه المالك ذلك لرجع به عليه فكيف يرجع الآخر بذلك عليه؟.

قال: (**وإن لم يعلما بالغصب فضمّنهما رجعا على الغاصب. وإن ولدت من أحدهما فالولد حر ويفديه بمثله في صفاته تقريباً. ويحتمل أن يعتبر مثله في القيمة. وعنه: يضمنه بقيمته، ويرجع به على الغاصب. وإن تلفت فعليه قيمتها، ولا يرجع بها إن كان مشترياً، ويرجع بها المتهب. وعنه: أن ما حصلت له به منفعة؛ كالأجرة، والمهر، وأرش البكارة: لا يرجع به**).

أما كون المشتري والموهوب له يرجعان على الغاصب إذا لم يعلما بالغصب وضمنهما المالك؛ فلأنهما دخلا في العقد على أن يتلفا ذلك بغير عوض. فوجب أن يرجعا عليه؛ لأنه غرّهما.

وأما كون الولد حراً إذا ولدت من أحدهما؛ فلأن اعتقادهما أنهما يطآن مملوكتهما منع انخلاق[1] الولد رقيقاً. أشبه المغرور في النكاح.

وأما كون الوالد يفدي ولده؛ فلأنه فوّت رقّه باعتقاده. أشبه المغرور.

وأما كونه يفديه بمثله في صفاته تقريباً على المذهب؛ فلأنه حر. فلا يضمن بقيمته؛ كسائر الأحرار.

وأما كونه يحتمل أن يُعتبر مثله في القيمة؛ فلأنه أقرب من نفس القيمة.

---

(١) في هـ: إلحاق.

وأما كونه يَضمنه بقيمته على روايةٍ . وهي الصحيحة من جهة المعنى؛ فلأنه ليس بمثلي . فضُمن بالقيمة ؛ كسائر المتقومات.

وأما كونه يرجع على الغاصب؛ فلأن الواطئ دخل على أن يسلم له الأولاد. فإذا لم يسلم له ذلك فقد غرّه الغاصب . فوجب أن يرجع عليه ؛ كالمغرور في النكاح.

وأما كون من تقدم ذكره من المشتري ، والموهوب له : عليه قيمة الجارية إذا تلفت؛ فلأن التلف حصل تحت يده العادية . فوجب عليه ضمانها ؛ كالغاصب.

وأما كون القيمة لا يرجع بها إن كان مشترياً ويرجع بها المتّهب؛ فلأن المشتري دخل مع الغاصب على أن العين إن تلفت كان ضامنها لها بالثمن . بخلاف المتهب فإنه لم يدخل على ذلك.

وأما كون من تقدم ذكره لا[1] يرجع بما حصلت له به منفعة ؛ كالأجرة ، والمهر ، وأرش البكارة على روايةٍ؛ فلأنه غرم ما استوفى بدله . فلم يرجع به . إذ في الرجوع الجمع بين العوض والمعوض ، وهو غير جائز.

قال: **(وإن ضمّن الغاصب رجع على المشتري بما لا يُرجع به عليه)**.

أما كون الغاصب يرجع على المشتري بما ذكر؛ فلأن التلف حصل في يده وهو كالمباشر ، والغاصب كالمتسبب.

وأما كونه لا يرجع عليه بما يرجع المشتري به عليه؛ فلأنه لا فائدة فيه.

فإن قيل: ما تحقيق ذلك؟

قيل: ما يجب ضمانه على ثلاثة أضرب:

---

(١) في هـ: لأنه.

أحدها: قيمة العين. فهذا إذا ضمنه الغاصب يرجع به على المشتري؛ لأن المشتري دخل على أن العين إن هلكت هلكت[1] في ضمانه.

وثانيها: قيمة الولد. فهذا إذا ضمنه الغاصب لا يرجع به على المشتري؛ لأن المشتري لو ضمنه رجع عليه. فكيف يرجع هو بما يرجع به[2] عليه؟.

وثالثها: المهر، وأرش البكارة، والأجرة، ونحو ذلك. فهذا إذا ضمنه الغاصب فيه روايتان. منشؤهما: أن المشتري إذا ضَمن ذلك هل يرجع به على الغاصب؟ وفيه روايتان: فعلى قولنا يرجع بذلك على الغاصب لا يرجع به الغاصب عليه إذا ضمنه؛ لما ذكر قبلُ.

وعلى قولنا: لا يرجع به عليه إذا ضمنه الغاصب: رجع به على المشتري؛ لأنه يصير بمنزلة قيمة العين.

قال: **(وإن ولدت من زوج، فمات الولد: ضمنه بقيمته، وهل يرجع بها على الغاصب؟ على روايتين)**.

أما كون الزوج يضمن الولد بالقيمة؛ فلأنه ينعقد رقيقاً؛ لأن الواطئ لا يعتقد أنها مملوكة. بخلاف المشتري الجاهل بالغصب.

وأما كونه يرجع بالقيمة على الغاصب على روايةٍ؛ فلأن الغاصب غرّه.

ولأنه دخل على أن الولد إن تلف تلف على مالك الجارية؛ لأنه مملوكه.

وأما كونه لا يرجع بها على روايةٍ؛ فلأن التلف حصل في يده. أشبه تلف الجارية.

قال: **(وإن أعارها، فتلفت عند المستعير: استقر ضمان قيمتها عليه، وضمان الأجرة على الغاصب)**.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.

أما كون ضمان القيمة يستقر على المستعير؛ فلأن العارية مضمونة بالقيمة.

وأما كون ضمان الأجرة يستقر على الغاصب؛ فلأن المستعير دخل على أن يستوفي المنافع مجاناً. ويجب أن لا يكون المستعير هاهنا عالماً بالغصب؛ لأنه إذا كان عالماً به استقر عليه قيمة العين والأجرة. صرح به المصنف في المغني.

وفي قول المصنف رحمه الله[1]: استقر: تنبيهٌ على أن للمالك مطالبة من شاء منهما. وهو صحيح؛ لما تقدم.

فعلى هذا إن ضَمَّن المالك الغاصب قيمة العين رجع بها على المستعير، وإن ضَمَّنها المستعير لم يرجع بها على الغاصب. ولو ضمِن الغاصبُ الأجرة لم يرجع بها على المستعير. ولو ضمِنها المستعير رجع بها على الغاصب. وهذا هو المعني بالاستقرار.

وحكى المصنف في المغني في المستعير وجهاً: أنه لا يرجع إذا ضمن الأجرة؛ لأنه انتفع ببدلها، وهو نظير المهر وأرش البكارة مما تقدم.

قال: **(وإذا اشترى أرضاً فغرسها، أو بنى فيها فخرجت مستحقة، فقلع غرسه وبناءه: رجع المشتري على البائع بما غرمه. ذكره القاضي في القسمة).**

أما كون المشترى يرجع بما غرمه على البائع؛ فلأن البائع غرّه. فوجب أن يرجع بما غرمه عليه. أشبه ما غرمه المشتري من الغاصب من قيمة ولدٍ ونحوه[2].

وأما قول المصنف: ذكره القاضي في القسمة فتنبيه على أن الحكم نقل في الباب المذكور.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: ونحوها.

قال: **(وإن أطعم المغصوبَ لعالم بالغصب استقر الضمان عليه. وإن لم يعلم وقال له الغاصب: كله، فإنه طعامي: استقر الضمان على الغاصب. وإن لم يقل ففي أيهما يستقر الضمان عليه؟ وجهان).**

أما كون الضمان يستقر على الآكل العالم بالغصب؛ فلأنه أتلف مال الغير من غير تغرير. فوجب استقرار الضمان عليه؛ كما لو غصبه ثم أكله.

وأما كونه يستقر على الغاصب إذا قال لمن لا يعلم أنه غصب: كله، فإنه طعامي؛ فلأنه غرّه.

وأما كونه يستقر على الآكل إذا لم يقل الغاصب في وجهٍ؛ فلأنه ضمن ما أتلف. فلم يرجع على أحد.

وأما كونه يستقر على الغاصب في وجهٍ؛ فلأنه غرّ الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه. وذكر المصنف في المغني هذين الوجهين روايتين.

قال: **(وإن أطعمه لمالكه، ولم يعلم: لم يبرأ. نص عليه في رجل له عند رجل تبعة، فأوصلها إليه على أنها صلةٌ أو هديةٌ، ولم يعلم: كيف هذا. يعني أنه لا يبرأ. وإن رهنه عند مالكه، أو أودعه إياه، أو أجره، أو استأجره على قصارته وخياطته: لم يبرأ إلا أن يعلم. وإن أعاره إياه برئ عَلِم أو لم يعلم).**

أما كون من أطعم المغصوب لمالكه، وهو لا يعلم: لا يبرأ؛ فلأنه بالغصب أزال يد المالك وسلطته[1]، وبالتقديم إليه لم تعد إليه اليد والسلطة؛ لأنه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من الأخذ والصدقة وغير ذلك فلم يزل عنه الضمان؛ كما لو علفه لدواب المغصوب منه.

(١) في هـ: وسلطه.

وفي قول المصنف رحمه الله: لم يعلم إشعار بأنه إذا أكله عالماً بأنه طعامه برئ الغاصب. وهو صحيح لزوال ما ذكر قبل. وصرح به المصنف في الكافي، وعلله: بأنه أتلف ماله برضاه عالماً به.

وأما كون من رهنه عند مالكه، أو أودعه إياه، أو أجره، أو استأجره على قصارته أو خياطته: لا يبرأ إذا لم يعلم المالك أن ذلك ملكه؛ فلأن الغاصب أزال يد المالك وسلطته[1]، ولم يعد ذلك بما ذكر.

وأما كونه يبرأ إذا علم؛ فلتمكنه من التصرف فيه على حسب اختياره.

وأما كونه يبرأ إذا أعاره إياه عَلِم أو لم يعلم؛ فلأنه دخل على أنه مضمون عليه.

قال: **(ومن اشترى عبداً، فأعتقه، فادعى رجل أن البائع غصبه منه، فصدقه أحدهما: لم يقبل على الآخر. وإن صدّقاه مع العبد لم يبطل العتق. ويستقر الضمان على المشتري. ويحتمل أن يبطل العتق إذا صدّقوه كلهم).**

أما كون تصديق أحد الرجلين من البائع والمشتري المدعي لا يقبل على الآخر؛ فلأن إقرار كل واحدٍ منهما إقرار على غيره، وذلك غير مقبول.

وأما كون العتق لا يبطل مع تصديقهما إياه وتصديق العبد على المذهب؛ فلأن العتق حق لله تعالى، ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق فقال العبد: ما أعتقني لم يُقبل منه.

وأما كونه يستقر الضمان على المشتري؛ فلأن التلف حصل في يده.

---

(١) في هـ: وسلطه.

وأما كونه يحتمل أن يبطل العتق إذا صدّقوه كلهم؛ فلأن مجهول النسب يصح إقراره بالرق، وقد أقرّ به، ووافقه عليه من له به تعلقٌ. فوجب ثبوت الرق. عملاً بمقتضيه السالم عن معارضه.

فصل [إذا تلف المغصوب]

قال المصنف رحمه الله: **(وإن تلف المغصوب ضمنه بمثله إن كان مكيلاً أو موزوناً . وإن أعوز المثل فعليه قيمة مثله يوم إعوازه. وقال القاضي: يضمنه بقيمته يوم القبض . وعنه: تلزمه قيمته يوم تلفه).**

أما كون الغاصب يضمن المغصوب المكيل أو الموزون بمثله؛ فلأن المثل أقربُ إلى الحق، ولهذا ضمن به في الإتلاف.

ولأن المثل طريقه المشاهدة، والقيمة طريقها الظن. فكان الأول أولى؛ كالنص مع القياس. فإن النص يدرك بالسماع، والقياس بالظن.

وأما كونه عليه قيمة مثله يوم إعوازه إذا أعوز المثل على المذهب؛ فلأنه يستحق المطالبة بقيمة المثل يوم الإعواز. فوجب أن تعتبر القيمة حينئذ؛ لأنه يوم وجوبها.

وأما كونه يضمنه يوم القبض على قول القاضي؛ فلأن المثل لو وجد قبل القبض كان له المطالبة به. فوجب أن تعتبر القيمة عند القبض؛ لأن القيمة إنما تثبت في الذمة يوم تلفه. فاعتبرت تلك الحال؛ كما لو لم تختلف القيمة.

قال: **(وإن لم يكن مثلياً ضمنه بقيمته يوم تلفه في بلده من نقده. ويتخرّج أن يضمنه بقيمته يوم غصبه).**

أما كون الغاصب يضمن غير المثلي بقيمته على المذهب؛ فلأن النبي ﷺ قال: «منْ أعتقَ شِرْكاً له في عبدٍ، فكان له مالٌ يبلغُ ثمنَ العبدِ قوّم وأعطي شركاؤهُ حِصصهُم»[1] متفق عليه. أوجب القيمة؛ لأنه غير مثلي.

ولأن إيجاب مثله من جهة الخلقة لا يمكن؛ لاختلاف ذلك في القيمة. فصارت القيمة أقرب إلى إيفاء[2] حقه.

وأما كون القيمة معتبرة بيوم تلفه في بلده من نقده على المذهب؛ فلأن ذلك زمنُ الضمان وموضعُه.

وأما كونه يتخرج أن يضمنه بقيمته يوم غصبه؛ فلأنه الوقت الذي أزال يده فيه. فلزمته[3] القيمة فيه؛ كما لو أتلفه.

قال: **(وإن كان مصُوغاً، أو تِبْراً تخالفُ قيمته وزنه: قوّمه بغير جنسه. فإن كان مُحلى بالنقدين معاً قوّمه بما شاء منهما، وأعطاه بقيمته عرضاً)**.

أما كون المصوغ أو التِّبْر يقوّم بغير جنسه إذا كانت قيمته تخالف وزنه؛ فلئلا يؤدي إلى الربا.

وأما كونه يقوّم بما شاء المقوّم من النقدين إذا كان مُحلى بهما فلأن[4] كلاً منهما ثمنٌ في قيم المتلفات وأروش[5] الجنايات، وغيرهما ليس كذلك.

وأما كون الغاصب يعطي المغصوب منه بقيمته عرضاً؛ فلئلا يؤدي إلى الربا.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٨٦) ٢: ٨٩٢ كتاب العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء. وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠١) ٣: ١٢٨٦ كتاب الأيمان، باب من أعتق شركاً له في عبد.

(٢) في هـ: بقاء.

(٣) في هـ: فلزمه.

(٤) في هـ: فإن.

(٥) في هـ: وأرش.

قال: **(وإن تلف بعض المغصوب فنقصت قيمة باقيه؛ كزوجي خُفٍ تَلِف أحدهما: فعليه رد الباقي، وقيمة التالف، وأرش النقص. وقيل: لا يلزمه أرش النقص)**.

أما كون الغاصب عليه رد الباقي مما ذكر؛ فلأنه ملك غيره.

وأما كونه عليه قيمة التالف؛ فلأن التلف حصل تحت يده العادِيَة.

وأما كونه عليه أرش النقص على المذهب؛ فلأنه نقصٌ حصل في يده. أشبه قيمة التالف.

وأما كونه ليس ذلك عليه على قولٍ؛ فلأنه زائدٌ على قيمة التالف.

فإن قيل: ما مثال ذلك؟

قيل: مثاله: أن يكون زوجَا الخف يساويان عشرين، والباقي يساوي خمسة. فعلى الأول عليه خمسة عشر، وعلى الثاني عليه عشرة.

قال: **(وإن غصب عبداً فأَبَق، أو فرساً فشرد، أو شيئاً تعذر ردّه مع بقائه: ضمن قيمته. فإن قدر عليه بعدُ رَدّهُ، وأخذَ القيمة)**.

أما كون الغاصب يضمن ما ذكر بقيمته قبل القدرة عليه؛ فلأن ذلك حق تعذر ردّه إلى مالكه. فوجب أن ينتقل إلى القيمة[1]؛ كما لو أتلفه.

وأما كونه إذا قَدَر عليه بعدُ يردُّه؛ فلأن القيمة إنما وجبت لتعذر ردّ العين، وقد زال ذلك. فوجب ردّ العين إلى مالكها.

وأما كونه يأخذ القيمة؛ فلئلا يجتمع للمالك البدل والمبدل.

قال: **(وإن غصب عصيراً فتخمّر فعليه مثله. فإن انقلب خلاً ردّه، وما نقص من قيمة العصير)**.

---

(١) سقط لفظي: إلى القيمة من هـ.

أما كون الغاصب عليه مثل العصير إذا تخمّر؛ فلأنه تلف بصيرورته خمراً.

ولأن ماليّته زالت تحت يده العادية. [أشبه ما لو زالت بالإتلاف.

وأما كونه يرده إلى مالكه إذا انقلب خلاً؛ فلأنه عين ملكه.

وأما كونه يرد أرش النقص إليه؛ فلأنه نَقَصَ تحت يده العادِيَة][1]. أشبه ما لو نقص منه جزء.

(١) ساقط من أ.

فصل [في أجرة المغصوب]

قال المصنف رحمه الله: **(وإن كان للمغصوب أجرةٌ فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده. وعنه: التوقف عن ذلك. قال أبو بكر: هذا قولٌ قديمٌ رَجعَ عنه).**

أما كون الغاصب عليه أجرة المغصوب مدة مقامه في يده على المذهب؛ فلأن ما ضُمن بالإتلاف في العقد الفاسد وجب أن يضمنه الغاصب بمجرد التلف في يده؛ كالأعيان.

وأما كون ذلك يُتوقف عنه على روايةٍ؛ فلأن قوله عليه السلام: «الخراج بالضمان»[1] يقتضي كون الخراج للغاصب؛ لأن الضمان عليه، وذلك ينفي كون الأجرة عليه، وحينئذ يجب التوقف.

وأما قول المصنف رحمه الله: قال أبو بكر: هذا قولٌ قديمٌ رَجع عنه فتنبيهٌ على ضعف هذه الرواية، ولذلك قال المصنف في المغني: المذهب الأول؛ لما ذكر.

ولأنه فوّت متقوّماً. فوجب ضمانه؛ كالأعيان. أو نقول: مال متقومٌ مغصوب. فوجب ضمانه؛ كالعين.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٠) ٣: ٢٨٤ كتاب الإجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٨٦) ٣: ٥٨٢ كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٩٠) ٧: ٢٥٤ كتاب البيوع، الخراج بالضمان.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٤٣) ٢: ٧٥٤ كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان.

وأما الخبر فوارد في البيع، ولا يدخل فيه الغاصب؛ لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب بالإجماع.

قال: (**وإن تلف المغصوب فعليه أجرته إلى وقت تلفه. وإن غصب شيئاً فعجز عن ردّه فأدّى قيمته فعليه أجرته إلى وقت أداء القيمة. وفيما بعده وجهان**).

أما كون الغاصب عليه أجرة ما عجز عن رده إلى وقت أداء القيمة؛ فلأن منافعه هلكت تحت يده. فوجب عليه ضمانها؛ لما تقدم في تضمين المنافع[1].

وأما كونه عليه الأجرة فيما بعد أداء القيمة وقبل الرد في وجهٍ؛ فلما ذكر.

وأما كونه ليست عليه في وجهٍ؛ فلأنه لما أدى القيمة لم يبق لها أجرة؛ لأنها لو بقيت لاجتمع للشخص عوض العين وعوض المنفعة الحاصلة بعده، وذلك لا يجتمع. دليله: الإتلاف.

(١) ص: ٥٢١.

فصل [في تصرفات الغاصب]

قال المصنف رحمه الله: **(وتصرفات الغاصب الحكمية؛ كالحج، وسائر العبادات، والعقود؛ كالبيع، والنكاح، ونحوها: باطلة في إحدى الروايتين، والأخرى صحيحة).**

أما كون التصرفات المذكورة باطلة على المذهب؛ فلأن ذلك التصرف تصرف الفضولي. والصحيح من المذهب أنه باطل؛ لما تقدم[1].

وأما كونها صحيحة على رواية؛ فلأن الغاصب تطول مدة غصبه غالباً، فتكثر تصرفاته. ففي إبطالها إضرارٌ كثير، وربما عاد بعض الضرر على المالك. فإن الحكم بصحتها يقتضي كون الربح فيها للمالك، والحكم ببطلانها يمنع ذلك.

قال: **(وإن اتّجر بالدراهم فالربح لمالكها. وإن اشترى في ذمته ثم نقدها فكذلك. وعنه: الربح للمشتري).**

أما كون ربح الدراهم التي اتّجر الغاصب بعينها لمالكها؛ فلأنه نماء ملكه.

وأما كون ربح ما اشترى في ذمته، ثم نقد الدراهم عنه كذلك على المذهب؛ فكما لو اشترى بعينه.

وأما كونه له على روايةٍ؛ فلأنه اشترى في ذمته ولنفسه. فكان الشراء له، والربح تبعٌ لمن الشراء له.

---

(١) ر ص: ٢٢.

قال: **(وإن اختلفا في قيمة المغصوب، أو قدره، أو صناعة فيه: فالقول قول الغاصب. وإن اختلفا في ردّه، أو عيب فيه: فالقول قول المالك)**.

أما كون القول قول الغاصب في القيمة والقدر والصناعة؛ فلأن الأصل براءة ذمته مما يدعى عليه. فلا يلزمه غير[1] ما أقرّ به؛ كما لو ادعى عليه ديناً فأقرّ ببعضه.

وأما كون القول قول المالك في الرد والعيب؛ فلأن الأصل عدم الرد وعدم العيب.

قال: **(وإن بقيت في يده غُصوب، لا يعرف أربابها: تصدق بها عنهم. بشرط الضمان؛ كاللقطة)**.

أما كون من في يده ما ذُكر يتصدق به بشرط الضمان؛ فلأن حبس المغصوب في يده حرام؛ كأصل الغصب. فتخلصه منه مطلوب شرعاً، وصدقته بشرط الضمان طريقٌ له. فتعين جواز فعله؛ لما فيه من الجمع بين مصلحته ومصلحة المالك.

وأما قول المصنف رحمه الله: بشرط الضمان فتنبيهٌ على أنه لا يجوز التصدق بالمغصوب إلا بذلك؛ لأن الصدقة بدون ذلك إضاعة لمال المالك لا على وجه بدل، وذلك غير جائز.

وأما قوله: كاللقطة فتنبيهٌ على أن للصدقة بشرط الضمان أصلاً هو اللقطة[2]. وسيأتي ذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى[3].

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: كاللقطة.

(٣) ٤: ٨٧.

فصل [فيمن أتلف مالاً لغيره]

قال المصنف رحمه الله: **(ومن أتلف مالاً محترماً لغيره ضمنه. وإن فتح قفصاً عن طائره، أو حلّ قيد عبده، أو رباط فرسه، أو وكاء زقّ مائعٍ، أو جامدٍ فأذابته الشمس، أو بقي بعد حلّه قاعداً فألقته الريح فاندفق: ضمنه. وقال القاضي: لا يضمن ما ألقته الريح).**

أما كون من أتلف مالاً محترماً مملوكاً لغيره يضمنه بالإتلاف؛ فلأنه فوّته عليه. فضمنه؛ كما لو غصبه فتلف عنده.

وفي قوله: مالاً احترازٌ[1] عما ليس بمالٍ؛ كالكلبِ والسِّرْجين؛ لأن ما ليس بمال لا يقابل بالمال.

وفي قوله: محترماً احترازٌ[2] عما ليس بمحترم. وإن كان مالاً؛ كأموال أهل الحرب، وخمر الذمي، وآلة اللهو. فإن جميع ذلك لا يضمن. وتقدير ذلك يذكر في مواضعه.

وفي قوله: لغيره احترازٌ[3] عن مال نفسه فإنه لا يضمن ذلك؛ لأن الضمان لا يجب على من له الضمان.

---

(١) في هـ: احترازاً.
(٢) نفس السابق.
(٣) نفس السابق.

وأما كون من فتح قفصاً عن طائرِ غيره، أو حلّ قيد عبده، أو رباط فرسه، أو وكاء زِقٍّ مائعٍ أو جامدٍ فأذابته الشمس : يضمنه؛ فلأن ذلك كله تلف بسبب فعله. فلزمه ضمانه؛ كما لو باشره بالتلف.

وفي كلام المصنف رحمه الله حذف تقديره: وإن فتح قفصاً عن طائره فطار، أو حلّ قيد عبده فهرب، أو رباط فرسه فشرد؛ لأن الطائر لو بقي في القفص، أو لم يهرب العبد، أو لم يشرد الفرس فتلف ذلك بآفة سماوية لم يجب الضمان؛ لأنه لم يحصل التلف بسبب فعله. وإنما حذف المصنف ذلك اعتماداً على ظهوره.

ولأنه نبّه على مثل ذلك فيما ساواه وهو في قوله: فاندفق. بعد قوله: أو وكاء زِقٍّ مائعٍ أو جامد.

وأما كونه يضمن إذا بقي المائع بعد حلّ زقه قاعداً فألقته الريح فاندفق على المذهب؛ فلما تقدم ذكره في الصورة المذكورة.

وأما كونه لا يضمن ذلك على قول القاضي؛ فلأن فعله غير ملجئ. فلم يتعلق به ضمان؛ كما لو دفعه إنسان.

والأول أصح؛ لأنه لم يتخلل بين فعله وبين التلف مباشرةٌ يمكن إحالةُ الحكم عليها. فوجب الضمان عليه؛ كما لو جُرح فمات عقيب ذلك. ثم ما ذكره القاضي منتقضٌ بما إذا أذابته الشمس مع أنه لا يقول فيه بعدم الضمان.

قال: **(وإن ربط دابةً في طريق فأتلفت، أو اقتنى كلباً عقوراً فعقر، أو خرق ثوباً : ضمن. إلا أن يكون دخل منزله بغير إذنه. وقيل: في الكلب روايتان في الجملة)**.

أما كون من ذكر يضمن ما أتلفته الدابة إذا ربطها في طريقٍ؛ فلأنه مُتعدٍّ بربطها.

وأما ضمان ما أتلفه الكلب العقور فينظر فيه : فإن كان التلف في غير ملك مقتنيه[1] وجب عليه ضمان ما أتلفه؛ لأنه مفرّط باقتنائه. وإن كان التلف في ملكه نظرتَ : فإن كان المعقور دخل بغير إذن فلا ضمان؛ لأنه متعدٍّ في الدخول متسبب إلى إتلاف نفسه بجنايته، وإن كان دخلَ بإذنٍ فعلى مقتنيه ضمانه ؛ كما لو كان في داره بئر مغطاة فأذن لإنسان فدخل فوقع فيها.

وقال بعض الأصحاب: في الكلب روايتان في الجملة : أي روايةِ أنه يضمن سواء دخل بإذن أو بغير إذن؛ لأن مقتنيه متعدٍّ في اقتنائه ، وذلك يناسب الضمان؛ لما فيه من المبالغة في الزجر. ورواية: أنه لا يضمن بحالٍ ؛ لأنه لم يحصل منه جناية. ويمكن أن يجاب عنه بأنه متسبب.

قال: **(وإن أجّج ناراً في ملكه، أو سقى أرضه فتعدى إلى ملك غيره فأتلفه : ضمن إذا كان قد أسرف فيه أو فرّط، وإلا فلا)**.

أما كون من ذكر يضمن إذا أسرف أو فرّط؛ فلأن التلف بذلك سرايةُ فعل محظور . فوجب أن يضمن ؛ كما لو باشر ذلك بالإتلاف.

وأما كونه لا يضمن إذا لم يوجد ذلك؛ فلأنه غير متعد.

ولأنها سرايةُ فعلٍ مباحٍ . أشبه سراية القود. وفارق ما إذا حلّ زِقّاً فانذفق ما فيه فإنه من آثار فعلٍ هو متعدٍ فيه.

قال: **(وإن حفر في فنائه بئراً لنفسه ضمن ما تلف بها . وإن حفرها في سابلةٍ لنفع المسلمين لم يضمن في أصح الروايتين)**.

أما كون صاحب الفناء يضمن ما أُتلف بالبئر التي حفرها لنفسه؛ فلأنه متسبب إلى إتلاف غيره . فوجب الضمان عليه ؛ كواضع السكين.

---

(١) في أ: نفسه.

وأما كونه لا يضمن إذا حفرها في سابلةٍ لنفع المسلمين في روايةٍ؛ فلأنه غير منسوبٍ إلى عدوان. إذْ قصده نفع المسلمين لا نفع نفسه.

وأما كونه يضمن في روايةٍ؛ فلأنه مأذون له في ذلك بشرط سلامة العاقبة، ولم توجد.

قال: **(وإن بسط في مسجد حصيراً، أو علّق فيه قنديلاً: لم يضمن ما تلف به. وإن جلس في مسجدٍ، أو طريقٍ واسعٍ فعثرَ به حيوان: لم يضمن في أحد الوجهين. وإن أخرج جناحاً، أو ميزاباً إلى الطريق فسقط على شيء فأتلفه: ضمن)**.

أما كون من ذُكر لا يَضمن ما تلف بالحصير أو القنديل؛ فلأنه مأذون له في ذلك شرعاً. فلم يضمن ما تولّد منه؛ كسراية القود.

وأما كونه لا يضمن ما تلف بتعثر[1] حيوان في وجهٍ؛ فلأن له أن يجلس في المسجد، وفي طريقٍ واسعٍ فلم يضمن لعدم تعديه.

وأما كونه يضمن ذلك في وجهٍ؛ فلما ذكر فيما إذا حفر بئراً في سابلةٍ لنفع المسلمين.

وأما كونه يضمن ما تلف بسقوط الجناح والميزاب الخارجَيْن إلى الطريق؛ فلأنه متعدٍ بفعل ذلك. فوجب عليه ضمان ما تولّد منه؛ كما لو جرح إنساناً فتعدى إلى قتله.

قال: **(وإن مال حائطه فلم يهدمه حتى أتلف شيئاً لم يضمنه. نص عليه. وأومأ في موضع: أنه إن تُقُدِّم إليه بنقضه، وأُشْهِد عليه فلم يفعل: ضَمِن)**.

---

(١) في هـ: بحفر.

أما كون مالك الحائط لا يضمن على المنصوص؛ فلأن السقوط ليس من فعله.

وأما كونه يضمن على ما أومأ إليه الإمام أحمد رحمه الله؛ فلأنه إذا تُقُدِّم إليه بنقضه وأُشْهد عليه فلم يفعل يُعدُّ مفرّطاً. فيجب عليه الضمان؛ كما لو باشر الإتلاف.

قال: **(وما أتلفت البهيمة فلا ضمان على صاحبها إلا أن تكون في يد إنسان[1]؛ كالراكب، والسائق، والقائد: فيضمن ما جنت يدها أو فمها. دون ما جنت رجلها، وما أفسدت من الزرع والشجر ليلاً. ولا يضمن ما أفسدت من ذلك نهاراً. ومن صال عليه آدمي أو غيره فقتله دفعاً عن نفسه لم يضمنه).**

أما كون صاحب البهيمة لا يضمن ما أتلفته إذا لم تكن في يده؛ فلأن النبي ﷺ قال: «العَجْمَاءُ جُبَارٌ»[2]. أي هدر.

وأما كونه يضمن ما جنت يدها أو فمها إذا كانت في يده؛ مثل: أن يكون راكباً لها، أو سائقاً، أو قائداً دون ما جنت رجلها؛ فلأنه يمكنه حفظها عن ذلك. بخلاف الرِّجْل.

ولأنه قد روي في حديث أبي هريرة «رِجْلُ العَجماء جُبَار»[3]. وذلك يدل بمفهومه على الضمان بغيرها.

ولا بد أن يُلحظ في عدم الضمان برِجْل البهيمة: أن لا يكون كبحها فأتلفت؛ لأنه إذا فعل ذلك يكون التلف منسوباً إليه. فيجب عليه الضمان؛ كسائر مواضع التسبب في الإتلاف.

---

(١) في هـ: الإنسان.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥١٥) ٦: ٢٥٣٣ كتاب الديات، باب العجماء جبار.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧١٠) ٣: ١٣٣٤ كتاب الحدود، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٩٢) ٤: ١٩٦ كتاب الديات، باب في الدابة تنفح برجلها.

فإن قيل: هلاّ حمل مُطلق قوله عليه السلام: «العجماء جُبَار» على مُقَيَّدِه من قوله: «رِجْلُ العجماء جُبَار» فيما إذا لم تكن البهيمة في يده؟

قيل: لأن في ذكر الرِّجْل إشارةٌ إلى الفرق بينها وبين غيرها من يدٍ ونحوها، وذلك لا يتحقق في بهيمة ليست[1] في يده. بخلاف ما إذا كانت في يده، فإن الفرق بينهما ما تقدم ذكره: من إمكان الحفظ في اليد والفم. دون الرجل.

وأما كونه يضمن ما أفسدت البهيمة من الزرع والشجر ليلاً، وكونه لا يضمن ما أفسدت من ذلك نهاراً؛ فلما روي «أن ناقةَ للبراء دخلتْ حائطَ قومٍ. فقضى رسولُ الله ﷺ أن على أهل الأموالِ حِفظَهَا بالنهارِ، وما أفسدتْ باللّيلِ فهوَ مضمونٌ عليهم»[2]. [رواه أبو داود وابن ماجة بمعناه][3].

قال ابن عبدالبر: إن كان هذا مرسلاً فهو مشهور. حدّثَ به الأئمةُ الثقاتُ واستعملَه فقهاءُ الحجاز بالقبول.

ولأن العادة حفظُها نهاراً. دون أهل المواشي.

وذكر المصنف في المغني: أن القاضي قال: هذا محمول على المواضع التي فيها المزارع والمراعي، فأما القرى العامرة التي ليس فيها مرعى إلا بين قراحيْن[4]؛ كساقية، وطريق، وطرف زرع: فليس لصاحبها إرسالها بغير حافظٍ عن الزرع. فإن فعل فعليه الضمان؛ لأنه مفرّط.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٧٠) ٣: ٢٩٨ كتاب البيوع، باب: المواشي تفسد زرع قوم.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٣٢) ٢: ٧٨١ كتاب الأحكام، باب: الحكم فيما أفسدت المواشي.
وأخرجه مالك في الموطأ (٣٧) ٢: ٥٧٣ كتاب الأقضية، باب القضاء في الضواري والحريسة.

(٣) زيادة من ج.

(٤) القَرَاح: المزرعة التي ليس فيها بناء ولا شجر. ر المصباح مادة: قرح.

ولا بد أن يُلحظ في ضمان ما أتلفت[1] البهيمة من الزرع والشجر ليلاً: أن يكون المالك قد فرّط في إرسالها، فإن لم يكن فرّط مثل: إن حفظها فانفلتت من ذلك، أو أخرجها غيره من لصٍ وغيره لم يضمن؛ لأن الموجب للضمان تفريطه في إرسالها، وذلك مفقودٌ فيما ذكر. لكن إن كان المرسِلُ غيرَه وجب الضمان عليه؛ لأنه السبب في الإتلاف.

وقول المصنف رحمه الله: وما أفسدت من الزرع والشجر مشعرٌ بأمرين:

أحدهما: أن ضمان ما ذُكر مشروط بكون البهيمة في يد راكبٍ وسائقٍ وقائدٍ؛ لأنه عطفه على ضمان ما جنت يدها أو فمها بعد اشتراط كونها في يد إنسان موصوف بما ذكر. وليس كذلك بل ذلك يُضمن سواء كانت في يد أحدٍ[2] أو لا. صرح بذلك المصنف رحمه الله في المغني وغيره من الأصحاب.

وثانيهما: أن الحكم المذكور مختصٌ بالزرع والشجر؛ لأنه خصهما بالذكر. وليس كذلك أيضاً عند الأصحاب. صرح به صاحب المستوعب. فقال فيه: وما أتلفت البهائم من الزرع وغيرها ليلاً فعلى صاحبها ضمانه. ووجهه[3] عموم قوله عليه السلام: «وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم»[4].

وقال صاحب المغني فيه: وإن أتلفت غير الزرع لم يضمن مالكها، نهاراً كان أو ليلاً، وعلله بقوله عليه السلام: «العجماء جبار»[5]، وبأن البهيمة لا تُتْلف ذلك عادة. بخلاف الزرع. ولم أجده لغيره. فيحتمل أنه أراد هنا ذلك فلذلك خصص الزرع والشجر بالذكر، ويحتمل أن التخصيص وقع اتفاقاً.

---

(١) في ج: أتلفته.
(٢) ساقط من هـ.
(٣) في هـ: ووجه.
(٤) سبق تخريجه ص: ٥٦٥.
(٥) سبق تخريجه ص: ٥٦٤.

وأما كون قاتل الصائل عليه لا يضمنه إذا قتله دفعاً عن نفسه؛ فلأنه قتله بدفع جائز. فلم يضمنه؛ لما فيه من صيانة النفس عن القتل.

قال: (**وإن اصطدمت سفينتان فغرقتا ضمن كل واحدٍ منهما سفينة الآخر وما فيها. وإن كانت إحداهما مُنْحدرة فعلى صاحبها ضمان المُصْعِدة. إلا أن يكون غلبه ريح فلم يقدر على ضبطها**).

أما كون ملاحي كل سفينة يضمن السفينة الأخرى وما فيها؛ فلأن التلف حصل بسبب فعلهما. فوجب على كل واحدٍ منهما ضمان ما تلف بسبب فعله.

وأما كون صاحب المنحدرة عليه ضمان المُصْعِدة إذا لم يكن غلبه الريح؛ فلأنها تنحط على[1] المصعدة من علوٍّ. فيكون ذلك سبباً لغرقها، وتُنَزّل المنحدرة منزلة السائرة، والمُصْعِدة منزلة الواقفة.

وأما كونه لا يضمن إذا غلبه الريح فلم يقدر على ضبط السفينة؛ فلأنه حينئذٍ لا يُعد مفرّطاً.

ولأن التلف يمكن إسناده إلى الريح. بخلاف ما تقدم.

قال: (**ومن أتلف مزماراً، أو طنبوراً، أو صليباً، أو كسر إناء ذهب، أو فضة، أو إناء خمر: لم يضمنه. وعنه: يضمن آنية الخمر إن كان ينتفع بها في غيره**).

أما كون من أتلف مزماراً، أو طنبوراً، أو صليباً: لا يضمنه؛ فلأن بيع ذلك لا يحل. فلم يضمنه؛ كالميتة. ودليل تحريم بيع ذلك كله قول النبي ﷺ: «بُعثتُ بمحقِ القَيْنَاتِ والمَعَازِف».

---

(١) في هـ: عن.

وأما كون من كَسَر إناء فضة، أو ذهب : لا يضمنه؛ فلأن اتخاذه محرّم فلم يصادف الإتلاف شيئاً مباح البقاء. فلم يضمن؛ كإتلاف الخنزير.

ولأنه أتلف ما ليس بمباح[1]. فلم يضمنه؛ كالميتة.

وأما كونه لا يضمن إناء الخمر على المذهب؛ فلما روى أنس قال: «كنتُ أَسقِي أبا طلحة، وأبي بن كعب[2]، وأبا عبيدة شَراباً من فَضِيخٍ. فأتانا آتٍ. فقال: إن الخمرةَ قد حرمتْ. فقالَ أبو طلحة: قمْ يا أنس! إلى هذه الجِرارِ فاكسِرْهَا»[3]. وهذا يدل على سقوط حرمته، وإباحة إتلافه. فلم يضمن؛ كسائر المباحات.

وأما كونه يُضمن إن كان يُنتفع به في غيره على روايةٍ؛ فلأنه يمكنه الانتفاع به في غير الخمر. فلم يجز إتلافه؛ كسائر الآنية.

والأول أصح؛ لما تقدم. ولما روى الإمام أحمد بإسناده عن ابن عمر قال: «أمرَني رسولُ الله ﷺ أن آتيهِ بمُدْيَةٍ -وهيَ الشفرةُ- فأتيتهُ بها. فأرسلَ بها. فَأُرْهِفَتْ ثم أعطانيها. وقال: اغدُ[4] عليّ بها[5] ففعلتُ. فخرجَ بأصحابهِ إلى أسواقِ المدينةِ وفيها زِقَاقُ الخمرِ، فأخذَ المُدْيَةَ مني، فَشَقَّ ما كانَ من تلكَ الزِّقَاقِ بحضرتهِ كلها، وأمرَ أصحابَهُ الذينَ كانوا معهُ أن يمضوا معي وأن يعاونوني. وأمرني أن آتيَ الأسواقَ كلَّها. فلا أجدُ فيها زِقَّ خمرٍ إلا شَقَقْتُهُ. ففعلتُ. فلمْ أترُكْ في أسواقِها زِقاً إلا شَقَقْتُه»[6].

---

(١) في هـ: مباح.

(٢) سقطت جملة: وأبي بن كعب من هـ.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٨٢٦) ٦: ٢٦٤٩ كتاب التمني، باب ما جاء في إجازة خبر الواحد الصدوق... وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩٨٠) ٣: ١٥٧٢ كتاب الأشربة، باب تحريم الخمر...

(٤) في هـ: أغط.

(٥) ساقط من هـ.

(٦) أخرجه أحمد في مسنده (٦١٦٥) ٢: ١٣٣.

انتهى بعون الله تعالى

الجزء الثالث، ويتلوه الجزء الرابع

وأوله باب الشفعة

فهرس

الموضوع	الصفحة
كتاب البيـع	٥
فصل في شروط البيع	١٠
فصل الشرط الثاني	١٢
فصل الشرط الثالث	١٤
فصل الشرط الرابع	٢٢
فصل الشرط الخامس	٣١
فصل الشرط السادس	٣٣
فصل الشرط السابع	٤٢
فصل في تفريق الصفقة	٤٦
فصل في البيع أثناء النداء	٥٠
باب الشروط في البيع	٥٨
فصل في الشروط الفاسدة	٦٣
فصل	٦٩
باب الخيار في البيع	٧١
فصل في خيار الشرط	٧٦
فصل في خيار الغبن	٨٧
فصل في خيار التدليس	٩١

الموضوع	الصفحة
فصل في خيار العيب	٩٧
فصل في خيار التولية	١١٢
فصل في خيار اختلاف المتبايعين	١١٩
فصل في البيع قبل القبض	١٢٨
باب الربا والصرف	١٣٥
فصل في ربا النسيئة	١٥٣
فصل في الصرف	١٥٧
باب بيع الأصول والثمار	١٦١
فصل	١٦٤
فصل في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها	١٦٨
فصل فيمن باع عبدا وله مال	١٧٧
باب السلم	١٧٩
فصل الشرط الثاني	١٨٤
فصل الشرط الثالث	١٨٩
فصل الشرط الرابع	١٩١
فصل الشرط الخامس	١٩٤
فصل الشرط السادس	١٩٦
فصل الشرط السابع	١٩٨
باب القرض	٢٠٦

الموضوع	الصفحة
باب الرهن	٢١٤
فصل	٢٢٩
فصل	٢٣٥
فصل	٢٣٧
فصل	٢٤٠
كتاب الضمان	٢٤٧
فصل في الكفالة	٢٦٠
باب الحوالة	٢٦٦
باب الصلح	٢٧٣
فصل الصلح على إنكار	٢٨١
فصل	٢٨٤
كتاب الحجر	٢٩٧
فصل في أحكام الحجر	٣٠٢
فصل الحكم الثاني	٣٠٥
فصل الحكم الثالث	٣١٤
فصل الحكم الرابع	٣٢٣
فصل في المحجور عليه لِحَظِّه	٣٢٤
فصل في أحكام الولي	٣٣٢
فصل فيمن عاود السفه	٣٣٨

الموضوع	الصفحة
فصل	٣٤٢
فصل في الإذن	٣٤٥
باب الوكالة	٣٥٠
فصل في أحكام الوكالة	٣٧٣
فصل	٣٧٦
كتاب الشركة	٣٧٩
فصل في أحكام شركة العنان	٣٨٦
فصل في شروط الشركة	٣٩١
فصل في المضاربة	٣٩٣
فصل	٤٠٠
فصل	٤١٠
فصل في شركة الوجوه	٤١٣
فصل في شركة الأبدان	٤١٥
فصل في شركة المفاوضة	٤١٩
باب المساقاة	٤٢١
فصل فيما يلزم العامل ورب المال	٤٣٠
فصل في المزارعة	٤٣٣
باب الإجارة	٤٣٧
فصل في شروط الإجارة	٤٣٩

الموضوع	الصفحة
فصل الشرط الثاني	٤٤١
فصل الشرط الثالث	٤٤٧
فصل في أنواع الإجارة	٤٤٩
فصل في الأجير الخاص	٤٥٧
فصل في الأجير المشترك	٤٦٠
فصل في استيفاء المنفعة	٤٦٥
فصل فيما يلزم المؤجر والمستأجر	٤٦٩
فصل الإجارة عقد لازم	٤٧٠
فصل في ضمان الأجير	٤٧٧
فصل	٤٨١
باب السبق	٤٨٥
فصل في أحكام المسابقة	٤٩٢
فصل في المناضلة	٤٩٥
كتاب العارية	٥٠٣
فصل	٥١١
فصل إذا اختلف المعير والمستعير	٥١٦
كتاب الغصب	٥١٨
فصل في رد المغصوب	٥٢٣
فصل إذا رد المغصوب	٥٢٩

الموضوع	الصفحة
فصل إذا نقص المغصوب	٥٣٣
فصل إذا خلط المغصوب	٥٣٩
فصل إذا وطئ الجارية المغصوبة	٥٤٣
فصل إذا تلف المغصوب	٥٥٢
فصل في أجرة المغصوب	٥٥٦
فصل في تصرفات الغاصب	٥٥٨
فصل فيمن أتلف مالاً لغيره	٥٦٠